الدكتور
رمضان علي السيد الشرنباصي
كلية الحقوق - جامعة المنصورة
قسم الشريعة الإسلامية

المدخل
لدراسة الفقه الإسلامي

تطوره - مدارسه - مصادره
قواعده - نظرياته

الطبعة الثانية
مزيدة ومنقحة

١٤٠٣ هـ

مطبعة الأمانة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الطبعة الثانية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين .

وبعـد :

فقد دعت الحاجة الملحة إلى أن نعيد طبع كتابنا :

[المدخل لدراسة الفقه الإسلامى]

وهذه الطبعة الثانية تضمنت زيادات وتوسعات لم تكن موجودة فى الطبعة الأولى ، ومن أهم تلك الزيادات:

١ ـ الحق وأقسامه .

٢ ـ القضاء والتحكيم .

٣ ـ المشاهير الذين لهم دور بارز فى جمع وتدوين الشعر .

٤ ـ الإشارة إلى بعض الفرق الإسلامية ـ الاسماعيلية ، البهائية ، القاديانية ...

ونسأل الله تعالى أن يلهمنى الصواب والتوفيق ويفتح لى خزائن رحمته ويجعلنا ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه . والحمد لله رب العالمين ؟

د . رمضان على السيد

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين نحمده ونستعينه ونتوب إليه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له .

والصلاة والسلام على خير أنبيائه وسيد أصفيائه :

سيدنا محمد وآله وصحبه ...

وبعـــد :

فإن الشريعة الإسلامية كفيلة بتحقيق مصالح الناس فى كل زمان ومكان من حيث إنها خاتمة الشرائع ومصدرها الوحى الإلهى .

وإن الفقه الإسلامى بمرونته وحيويته قادر على حل المشكلات مهما تجددت الحوادث وتشعبت مذاهب الحياة .

وإن المسلمين لا يعوزهم أن يجدوا فى شريعتهم لكل جزئية أو حادثة تستجد حكما يفهم من كتاب الله أو سنة رسوله أو يستنبط بطريق التأمل فى روح الشريعة وتدبر ما تقضى به أغراضها وأسرارها .

وبذلك يكون المسلمون فى غنية عن التشريعات الوضعية الأخرى البعيدة . عن دينهم وتراثهم .

وقد تنبه علماء القانون أخيراً إلى هذه المعانى التى ينفرد بها الفقه الإسلامى فقرروا فى عدة مؤتمرات : (مؤتمر القانون المقارن بمدينة لاهاى المنعقد فى دورته الثانية فى أغسطس ١٩٢٧ م والأسبوع الفقهى الذى انعقد

فى باريس فى شهر يوليو ١٩٥١ وقد عقدته الشعبة القانونية لقوانين الشرق والندوة الإسلامية العالمية الكبرى ، التى انعقدت فى لاهور فى ٢٩ ديسمبر ١٩٥٣ لمدة أسبوعين) .

١ — اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

٢ — اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور .

٣ — اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وأخيراً تنبه رجال القانون فى مصر إلى هذا المعنى فجعلوا الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً من مصادر القانون فجاء فى المادة الأولى فى الفقرة الثانية منها : « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

أى أن القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفا طبق مبادىء الشريعة الإسلامية .

ولما كانت هذه وجهة التقنين فى مصر ؛ أصبحت الحاجة ملحة إلى دراسة الفقه الإسلامى لطلاب كليات الحقوق دراسة وافية عميقة توضح ما فيه من نظم وأحكام وحلول للجزئيات ونظريات عامة تفتح للتقنين أبواباً كانت موصدة من قبل حتى يستفيدوا بها فى حياتهم القانونية .

هذا وقد رتبت هذه الأبحاث فى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : ويشتمل على تمهيد وأربعة مباحث .

المبحث الأول : الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : المذاهب الفقهية المشهورة .

المبحث الثالث : مصادر الفقه الإسلامى .

المبحث الرابع : الاجتهاد والافتاء والتقليد . والقضاء والتحكيم .

المبحث الخامس : أسباب الاختلاف بين الفقهاء .

القسم الثانى : دراسة بعض النظريات العامة فى الفقه الاسلامى ويتضمن المباحث الآتية :

المبحث الأول : دراسة بعض القواعد الأصلية للفقه الاسلامى .

المبحث الثانى : الحق وأقسامه .

المبحث الثالث : نظرية الملك .

المبحث الرابع : نظرية العقد .

المبحث الخامس : نظرية العقوبة .

ولقد استعنت بخبرات السابقين حين معالجتى لهذه الأبحاث ، فجزاهم الله عنى وعن العلم وطالبيه خير الجزاء .

وإنى لا أعتبر هذا العمل القليل والجهد الضئيل إلا شيئا يسيراً فى حق الشريعة الاسلامية . والله أسأل أن يسدد خطاى ، ويوفقنى لخير الأعمال وأحبها إليه .

المنصـــورة

المؤلف

التعريف بالشريعة والفقه

ه ،، الشريعة فى اللغة :

تطلق كلمة الشريعة فى لغة العرب على معنيين .

أحدهما : الطريقة المستقيمة ومنه قوله تعالى (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها) .

والثانى : مورد الماء الجارى الذى يقصد للشرب . ومنه قولهم شرعت الابل إذا وردت شريعة الماء .

أما الشريعة عند الفقهاء :

فتطلق على الأحكام التى سنها الله لعباده وهى بهذا تشمل جميع الشرائع السماوية التى نزلت للناس على أيدى أنبيائهم . ومع ذلك فإن الشريعة إذا أطلقت كان المراد بها شريعة الاسلام التى نزلت على يد محمد صلى الله عليه وسلم . لأنها خاتمة الشرائع، ولأنها حوت من الشرائع السابقة أحسن ما فيها وزادت عليها من التشريعات ما جعلها شريعة كاملة صالحة للناس فى كل زمان ومكان . وفى حياته صلى الله عليه وسلم وضعت القواعد الكلية وأنشئت الأحكام ،وبين مجملها، وقيد مطلقها ،ونسخ الله ما شاء أن ينسخ ونص على علة ما شرع جزئيا ليأخذ حكم الكلى وليكن تطبيق ذلك الحكم على ما يحدث من قبيل هذا الجزء فى كل زمان ومكان ،وعلى أى حال فالتشريع لم يكن إلا فى حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومنه فقط إذ لم يجعل الله لأحد غير نبيه سلطة التشريع وكان يعتمد فيه على الوحى .

وعلى هذا تعرف الشريعة الاسلامية بأنها : « مجموعة الأحكام

التى سنها الله للناس جميعا على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم فى الكتاب والسنة(١) » .

ولم يفارق الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الحياة إلا بعد أن تكامل بناء الشريعة ولم يبق بعد وفاته صلى الله عليه وسلم إلا الفهم والاستنباط من النصوص وما وقع من اجتهادات للصحابة والتابعين فليس تشريعاً فى الحقيقة وإنما هو إلحاق لما لم يرد فيه نص على مانص فيه .

فليس للتشريع إذن مصدر سوى الكتاب والسنة مهما طال الزمن(١) .

ما تشتمل عليه الشريعة الاسلامية من أحكام(٢) :

والشريعة بالمعنى الذى ذكرناه تشتمل الأحكام الآتية :

أولا : الاحكام الاعتقادية وهى الاحكام التى تتعلق بذات الله وصفاته والإيمان به وبرسله وملائكته وكتبه واليوم الآخر إلى غير ذلك من الأبحاث التى هى موضوع علم الكلام .

ثانياً : الأحكام التى تتعلق بمكارم الأخلاق كالوفاء بالعهد والصدق ، والإخلاص وما إلى ذلك من الأبحاث التى هى من اختصاص علم الأخلاق .

ثالثاً : الأحكام العملية وهى التى تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم كوجوب الصلاة والزكاة والصوم وحرمة الزنا والسرقة وحل البيع والرهن والسلم والاجارة وما إلى ذلك من الأبحاث التى هى من اختصاص علم الفقه

---

(١) انظر تاريخ التشريع للمرحوم الشيخ محمد على السايس / ٥ و ٢ والمدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور محمد الحسينى /٨ .

(٢) انظر تاريخ التشريع لفضيلة الشيخ د. محمد على السايس ص ٥ ، ٦

وهذا المعنى ما يتبادر إلى الذهن عند إطلاق « الشريعة الإسلامية » (١)

معنى الفقه لغة واصطلاحاً :

أما معناه لغة : فهو الفهم مطلقاً . يشهد لهذا قوله تعالى : « لهم قلوب لا يفقهون بها » (٢) وقوله تعالى « فمال هؤلاء القوم لا يكادون يفقهون

---

(١) وبهذه المناسبة أرى أنه من الواجب للتعرض لكلمة الإسلام والملة والدين والشريعة : فالإسلام معناه فى اللغة الانقياد والاستسلام والاذعان والخضوع وهو بهذا المعنى يطلق ويراد به دين الله سبحانه وتعالى الذى بعث به الأنبياء وهو إسلام القلب والجوارح والوجه لله سبحانه وتعالى .

والمعنى المشهور للاسلام أنه: الدين الذى جاء على لسان سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه » آل عمران ٨٥ .

أما لفظ الشريعة والملة والدين فكلها ألفاظ : أطلقت على معنى واحد هو الأحكام التى وردت على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ولكنها اختلفت فى الألفاظ والتسمية باعتبار الجهة التى صدرت بها فهى كلها عبارة عن الطرق والأحكام التى وردت على لسان سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنها إن اعتبرت من ناحية الأذعان لها والخضوع والامتثال لله تعالى سميت (بالدين) وإن إعتبرت من ناحية أن الرسول — عليه السلام — جعلها سلوكا وطريقا واضحاً سميت (شريعة وشرعاً) وذلك بتبليغه وبيانه ﷺ . وإن إعتبرت من جهة إملاء الله تعالى لها على رسوله وإملاء الرسول على الأمة سميت (ملة) لأنها من إملاء الرسل . أنظر تاريخ الفقه الإسلامى لأستاذنا الدكتور أنيس عبادة ص ٨ .

(٢) الأعراف ١٧٩

حديثاً » (١) .

ومعناه عند الفقهاء : هو العلم بالأحكام الشرعيه العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية .

شرح بعض مفردات التعريف :

والمراد من الأحكام الشرعية العملية . أى كل ما يتعلق بأعمال العباد وتصرفاتهم من وجوب صلاة وصوم وحج وبيع وشراء وما إلى ذلك .

والمقصود من الأدلة التفصيلية ، ما ورد فى الكتاب والسنة من الآيات والأحاديث المتعلقة بالأحكام العملية وما يلحق بهذين المصدرين الأساسيين من إجماع وقياس وعرف وإستحسان فإن كل هذه المصادر فى الحقيقة ترجع إلى هذين المصدرين (القرآن والسنة)

مقارنه بين الشريعه والفقة :

من تعريفنا السابق للشريعة يتبين لنا . أن الشريعة عامة شاملة لجميع الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والعملية .

كذلك يتضح لنا من تعريفنا للفقه أن الفقه جزء من الشريعة ويختص بالأحكام الفرعية العملية كالصلاة والحدود والبيع والشراء وسائر تصرفات العباد . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فالشريعة كما قلنا عبارة عن الأحكام والقواعد التى نزل بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة التى تمت بوفاته ﷺ وانتقاله إلى الرفيق الأعلى ، أما الفقة فهو الفهم والاستنباط من الكتاب والسنة وما يتبعهما من أدلة فرعية وهو الجانب التطبيقى لما جاءت به الشريعة وهو من عمل الفقهاء .

---

(١) النساء ٧٨

ومن هذه المقارنة يتبين لنا أن الشريعة أعم من الفقه وأنه جزء منها ومع ذلك فلا خطأ فى استعمال لفظ الشريعة ويراد به الفقه كما هو المعروف الآن فى كلية الحقوق — فيطلقون لفظ الشريعة على الفقه — لأنه استعمال مجازى سائغ لغة.

أقسام الفقه :

وينقسم علم الفقه إلى أنواع :

١ — فنه ما يقصد به التقـــرب إلى الله وتزكية النفس وتطهيرها من مساوىء الأخلاق وإصلاح حال المجتمعات الإنسانية كالصلاة والزكـاة والصوم والحج وهى ما تعرف « بالعبادات ».

٢ — ومنه ما يتعلق بالبحث فى الأمـــوال والتصرف فيها من نكاح وطلاق ورجعة ونفقات وعدة ونسب وحضانة ونحوها وهى ما تعرف (بالأحوال الشخصية) ».

٣ — ومنه ما يتعلق بالبحث فى الأمـــور والتصرف فيها من بيوع وإجارة ورهن وسلم وشركات وديون وربا ونحو ذلك، وهو ما يسمى بفقه المعاملات.

٤ — ومنه ما كان متعلقاً بالجرائم وما يترتب عليها من عقوبات وجزاءات وهو ما يسمى بالحدود والتعزيرات « أو العقوبات ».

٥ — ومنه ما كان متعلقاً بالقضاء والدعاوى وأدلة الإثبات وما إلى ذلك ويسمى « بالمرافعات ».

٦ — ومنه ما كان متعلقاً بالحروب والمعاهدات والصلح وعلاقة الأمة

الإسلامية بغيرها من الأمم وهو ما يعرف « بالجهاد والسير » (١) .

هل الفقه الإسلامى يشتمل على فروع القانون بقسميه العام .

من يتصفح كتب الفقه الإسلامى يجده قد اشتمل على كل فروع القانون العام منه والخاص أما اشتماله على فروع القانون العام: فالقانون الدولى العام.

حيث نجد أن الفقه الإسلامى قد اشتمل على قواعده وهو ذلك القانون الذى ينظم علاقة الدول بعضها ببعض فى الحرب والسلم — وكل ذلك قد جاء فى الفقه تحت عنوان السير والجهاد بل إن بعض الفقهاء قد أفرد دراسة أحوال السلم والحرب بمؤلفات خاصة فكتب محمد بن الحسن الشيبانى كتابى السير الصغير والسير الكبير وكتب الإمام عبد الرحمن بن محمد الأوزاعى كتاباً فى السير .

والقانون الدستورى : وهو الذى يحدد نظام الحكم والدولة وينظم سلطاتها العامة ويقرر حقوق الفرد فى الدولة وقد جاء كل هذا فى كتب الفقه الإسلامى وأحسن ما كتب فى هذا المجال كتابا الأحكام السلطانيه والولايات الدينية لأبى الحسن المصرى الشافعى الشهير بالماوردى ، والأحكام السلطانية القاضى أبى يعلى الحنبلى .

وكذلك كتاب السـياسة الشرعيـة فى إصـلاح الراعى والرعيـة لابن تيمية .

والقانون الادارى : ذلك القانون الذى يحكم نشاط السلطة التنفيذية وقيامها على أمر مرافق الدولة: هذا القانون موجود فى كتب الفقه الإسلامى وخصوصا كتب الأحكام السلطانيه .

---

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٤ .

والقانون الجنائى : ذلك القانون يبين الجرائم المعاقب عليها والعقوبات الخاصة بها ، نجد أن ذلك كله قد بحثه الفقهاء تحت عنوان كتاب الجنايات أو الحدود والتعزيرات .

إشتمال الفقه الإسلامى على فروع القانون الخاص :

كذلك نجد الفقه الإسلامى قد اشتمل على كل فروع القانون الخاص .

١ — فالقانون المدنى وهو يمثل قسما كبيراً فى الفقه الإسلامى تحت أبواب أحكام المعاملات .

أما ما يسمى الآن بالأحوال الشخصية فهو خارج عن دائرة التقنين المصرى . والمعمول به فى هذا المجال هو الشريعة الإسلامية والشرائع السماويه الأخرى .

٢ — والقانون التجارى وهو القانون الذى ينظم العلاقات التجارية بحثه الفقهاء فى الأبواب الخاصة به كالشركات والمضاربة .

٣ — وقانون المرافعات وهو الذى يبين ما يجب إتخاذه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون نجد أن الفقهاء قد تناولوا كل هذا فى أبواب القضاء والدعاوى والشهادات .

والقانون الدولى الخاص : وهو القانون الذى يبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى القضايا التى فيها عنصر أجنبى .

وهذا القانون قد تناوله الفقهاء بالشرح والتفصيل عند كلامهم على أحكام أهل الذمة والحربيين والمستأمنين ومن كل ما سبق نجد أن الفقه الإسلامى قد اشتمل على كل فروع القانون بقسميه العام والخاص .

تقسيم آخر للاحكام فى الفقه الإسلامى :

تنقسم أحكام الفقه الإسلامى بوجه عام إلى قسمين :

القسم الأول : أحكام جاءت بها نصوص صريحة وقاطعة فى القرآن الكريم والسنة النبوية .

القسم الثانى : أحكام لم ترد فى القرآن والسنة أو وردت بها نصوص فى القرآن والسنة ولكن هذه النصوص قابلة للتأويل أى تحتمل أكثر من معنى.

والقسم الأول : ونقصد به الأحكام التى جاءت بها نصوص القرآن والسنة صريحة وقاطعة وهى كثيرة جداً نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

وجوب الصلاة فقد دل عليه قوله تعالى . « أقيموا الصلاة »(١) . «ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا »(٢) فقد دلت الآية على وجوب الحج على القادر المستطيع .

وقوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة . إلخ » (٣) فقد دل هذا النص على تحريم الزنا ووجوب إقامة الحد على الزانى غير المحصن وقدره مائة جلدة ، وقوله تعالى . «وأحل الله البيع وحرم الربا»(٤) ، فقد دل النص القرآنى على حل البيع وتحريم الربا أيا كان مقداره قليلا كان أو كثيراً .

أما الأحكام التى وردت فى السنة من هذا القبيل فمنها : دلالة قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إنكم إن فعلتم ذلكم قطعتم أرحامكم » على تحريم الجمع بين العمة أو الخالة .

---

(١) سورة البقرة . الآية ٤٢ .

(٢) سورة آل عمران الآية ٩ .

(٣) سورة النور الآية ٢ .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

ودلالة قوله عليه الصلاة والسلام . (الحج عرفة) على أن الوقوف بعرفة جزء من الحج وركن فيه من فاته لاحج له .

وهذا القسم خارج عن اجتهادات المجتهدين ولا يصح لأى مجتهدأن يجتهد فى تلك الأحكام وأمثالها حيث وردت بها النصوص صريحة وقاطعة وحسمت الأمر فيها .

أما القسم الثانى : وهو الخاص بالأحكام التى لم ترد فى القرآن الكريم والسنة النبوية . أو وردت فيها ولكنها تحمل أكثر من معنى .

فنها : إعطاء وصية واجبة لابن الابن الذى توفى أبوه فى حياة جده .

وإعطاء الزوجة ميراثها من زوجها الذى طلقها وتوفى وهى فى العدة .

ومثال النوع الثانى من هذا القسم : حكم مسح الرأس فى الوضوء فقد اختلف فى مقداره حيث جاء النص فيه قابلا للتأويل . فقال الله تعالى :

« وامسحوا برؤوسكم »(١) فمن الفقهاء من قال إن الواجب فى المسح ربع الرأس ، ومنهم من قال الواجب مسح جميع الرأس . ومنهم من قال يكتفى بأى جزء من الرأس ولو شعرة .

(وسبب هذا الاختلاف «الباء» فى قوله تعالى : « وامسحوا برؤوسكم» فهى تحتمل أن تكون زائدة أو تكون للتبعيض أو تكون للإلصاق) .

فالنص هنا أطلق المسح وكان هذا الإطلاق سببا فى التأويل والاختلاف كما علمت .

وكذلك عدة المرأة المطلقة إذا كانت من ذوات الحيض اختلف الفقهاء فيها بناء على اختلافهم فى فهم النص إذ يقول الله تعالى فى شأن هذه المطلقات

---

(١) المائدة ٦ .

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »(١) . فمنهم من قال إن المرأة فى هذه الحالة تعتد بثلاث حيضات ومنهم من قال بثلاثة أطهار . وسبب هذا الاختلاف إن لفظ القرء له معنيان عند العرب الحيض والطهر فمن رجح جانب الحيض قال الواجب حينئذ الحيض ، ومن رجح الطهر قال المطلوب الأطهار . فالنص لم يوضح معنى القرء وبالتالى كان الاختلاف فى الفهم .

وأحكام هذا القسم يمكن أن تكون محل اجتهاد ونظر الفقهاء الذين وجدت عندهم ملكة الاستنباط وتوفرت لديهم آلة الاجتهاد .

نشأة الشرائع والحاجة إليها :

قضت الفطرة أن يسير الناس وراء مطامعهم الشخصية المختلفة وتحت تأثير ميولهم المتعددة ومن سنن الكون أن الانسان محتاج لمعاونة بنى جنسه ولا يستطيع إدراكه لمآربه بمفرده ، فالحياة الانسانية حياة جماعية تنتظم بمجهودات الجميع ويسد كل فرد ثغرة فى بناء المجتمع ومن الطبيعى أن النفوس جبلت على الأنانية وحب الذات ، فكل فرد يتمنى أن ينال حظاً عظيما أكثر من أخيه فلو ترك الناس وشأنهم مع طبيعتهم هذه ولم توضع لهم النظم التى تنظم العلاقة فيما بينهم وتبين لهم الخبيث من الطيب ، لأصبحت الحيـــاة بينهم مضطربة لا استقرار فيها ولا أمان، وتقطعت الصلات وأصبحت الحياة جحيما لا يطاق .

ومن أجل هذا طبع الله الجماعات البشرية منذ القدم على الشعور بحاجتها إلى وضع النظم التى تلم شعثها وتحفظ عليها أسباب النهوض .

والانسان مهما بلغت مداركه محدود الفكرة لا يدرى شيئا عن الغيب ، ولما كان المرء لا يخضع للنظام الوضعى خضوعاً تامـــا ولا تتربى نفسه على

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ .

الآداب ولا تصاغ على الطاعة إلا تحت تأثير قوة قاهرة تدفعه إلى الخير رغبة في وعد ، وتبعده عن الشر رهبة من وعيد ، لذلك جرت سنة الله في خلقه الذين عمرت بهم الأرض أن يشرع لهم الشرائع ويرسل إليهم الرسل ليهدوا الناس بكل ما يحتاجون إليه في حاضرهم ومستقبلهم ، ولينظموا العلاقات بين الناس وفيما بين الناس وبين ربهم ، ويوجهوهم إلى الخير وإلى العقيدة التي تهيمن على الفرد في سره وجهره وتقيم لنفسه وازعاً من نفسه . ويبشروا الناس بالفوز إن أطاعوا وينذروهم بالشر إن عصوا وخالفوا . وصدق الله العظيم حيث يقول : « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيما »(١) .

لماذا تعددت الشرائع ؟

ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة . ومن ذا الذي يقدر على معارضة خالق الكون ، والله سبحانه وتعالى لا شريك له ولو أراد لأنزل لهم شريعة واحدة ولكن لما كانت الأمم كالأطفال في تدرجها من طور إلى طور وكان الطفل لا يعطى من الطعام إلا ما يستمرئه ويقوى على هضمه فكذلك جعل الله سبحانه وتعالى لكل أمة شريعة تناسب أحوالهم وتتلاءم مع درجاتهم في الفكر والاعتبار والتقدم ، فما يناسب قوما قد لا يناسب قوما آخرين ، وما يسعد أناساً في مكان قد يتنافر مع أناس في مكان آخر وذلك هو السر في تعدد الشرائع بتعدد الأمم والأزمان والبقاع ، فأنزل الله تشريعاً لكل أمة بما هو أصلح لها وما يتناسب مع أحوالها ، غير أن الشرائع وإن اختلفت أزمانها وكثرت أعدادها متحدة في مصدرها الذي صدرت عنه وهو الله سبحانه وتعالى الذي لا شريك له ولا شبيه واتحدت كلها في الدعوة إلى عبادة الله

---

(١) سورة النساء آية ١٦٥ .

تعالى وتوحيده والإيمان به وبرسله وكتبه « وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون »(١)

الحاجة إلى الشريعة الاسلامية .

ولما كانت الشرائع السابقة على الشريعة الاسلامية قد نظمت حياة أقوام في عصور مختلفة على وفق ما كانت تقتضيه حياتهم المحدودة (٢) ولم تشتمل تشريعاتها على الحلول الوافية لكل ماسيجد في الحياة من مشكلات ولما كانت رسالة محمد خاتمة الرسالات وسينقطع الوحي بعد موت الرسول محمد صلى الله عليه وسلم من أجل هذا كله دعت الحاجة إلى شريعة جامعة كاملة تصلح لكل زمان ومكان لتساير الأزمنة المختلفة وتلاحق الأحداث المتجددة ؛ فأنزل الله الشريعة الاسلامية رحمة للعالمين . لتحقيق هذا المعنى .

الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان :

قلنا فيما سبق إن الضرورة دعت لإنزال شريعة سماوية صالحة لكل زمان ومكان ، فكانت تلك الشريعة الاسلامية العالمية الخالدة وقد تضمنت الشريعة الوسائل التي تجعل لها ذلك الخلود وتلك الصلاحية حيث جاءت أغلب أدلتها عامة شاملة(٢) ومصادرها منزلة منزلة القواعد الشاملة فأفادت ما تفيده

---

(١) سورة الأنبياء آية ٢٥ .

(٢) فالقرآن يقرر أن نظام الحكم لابد أن يقوم على الشورى حيث يقول : « وأمرهم شورى بينهم » فوضع المبدأ أو القاعدة وترك للناس حرية تطبيق هذا المبدأ ، المهم تطبيق مبدأ الشورى بأي طريقة يختارها البشر ، فهو يفرض على الناس أي شكل معين من أشكال الحكومات جمهورياً و ملكياً أو ديمقراطياً أو غير ذلك .

واقترنت الأحكام بالعلل لتدور الأحكام معها وجوداً وعدماً (كالإسكار)(١) والحكم الوارد فى حادثة هو صالح للحكم على أمثال الحادثة وأشباهها (كالخلع)(٢) وقد دلت على ذلك بأسباب النزول .

والاجتهاد موجود فيها وهو النظر فى النصوص والتأمل فى المعانى والتدبر فى المصالح لفهم المعنى المقتضى للحكم والوصف المستلزم لما يناسبه .

والاجتهاد موجود فيها ـ لمن توافرت له أسبابه وفهم مقاصد الشريعة ووقف على أسرارها ـ وهو النظر فى النصوص والتأمل فى المعانى والتدبر فى المصالح لفهم المعنى المقتضى للحكم والوصف المستلزم لما يناسبه(٢) . ولذلك استمرت الشريعة وستظل بعض الأحكام للوقائع وتصدر على هديها الفتاوى وتقع على مبادئها الأقضية إلى أن يأذن الله بانتهاء الدنيا .

أبعد هذا أيقنت أن الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان ؟

---

(١) حكم الخمر التحريم وعلة الحكم الإسكار فإن وجد الاسكار فى مشروب آخر غير الخمر أخذ حكم الخمر وهو التحريم أى الحكم يوجد إذا وجدت العلة عملية قياسية .

(٢) الخلع وهو الطلاق على مال وسبب تشريع هذا الحكم وهو جواز أن تطلق المرأة نفسها على مال .

أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبى ﷺ وقالت له يارسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه فى خلق ولا دين ولكننى أكره الكفر فى الإسلام فقال رسول الله ﷺ . أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم فقال ... ﷺ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة . فكان هذا سببا فى مشروعية ... (سبل السلام جـ٣ ص١٦٦) .

(٢) وقد اعتمد سيدنا عمر رضى الله عنه هذا الأصل وفرع ... كثيره . فأسقط سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة لانعدام علة التألف ... الاسلام حين أعطاهم وقوة المسلمين حين منع عنهم .

الاسس العامة للتشريع الاسلامى

قلنا فيما سبق إن الشريعة الإسلامية قامت على أسس تجعلها صالحة للناس عامة فى كل زمان ومكان ، والأمر كذلك حقاً فان هذه الشريعة بما قامت عليه من أسس قوية ومرنة جعلتها صالحة لكل بلد وعصر وآن وسوف نكتفى بذكر الأسس التالية :

١ — التيسير على المكلفين :

برفع الحرج والمشقة عنهم ومن هنا كانت التكاليف الشرعية — الأوامر والنواهى — قليلة لا يشق على المكلف فعلها .

ففى القرآن الكريم يقول الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(١) .

ويقول : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً »(٢) . ويقول : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج »(٣) ويقول : «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

وفى السنة يقول الرسول عليه الصلاة والسلام : (بعثت بالحنيفية السمحة)

وقال لأبى موسى الأشعرى ومعاذ بن جبل رضى الله تعالى عنهما لما بعثهما إلى اليمن (يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا وتطاوعا ولا تختلفا) وقال (إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين) وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام ما خير بين شيئين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثماً .

---

(١) سورة البقرة ١٨٥ . (٢) سورة النساء ٢٨ .
(٣) سورة الحج ٧٨ .

ولا نعنى بعدم الحرج فى الشريعة انتفاء أصل المشقة فان المشقة نوعان :

١ — مشقة معتادة لا تضيق بها الصدور ويمكن تحملها ولا تعتبر فى العرف مشقة ، فمثل هذه لا يقصد الشارع إلى رفعها فإن كل عمل فى الحياة لا يخلو عن مشقة حتى الضروريات التى لا غنى لأحد عنها من الأكل والشرب .

وهذه لامانع من وقوعها فى التكاليف الشرعية . إذ أن التكليف طلب ما فيه كلفة .

٢ — مشقة زائدة تضيق بها الصدور وتؤثر على المرء فى جسمه أو ماله وتؤدى به إلى الانقطاع عن كثير من الأعمال النافعة فهذه هى التى تفضل الله على عباده ورفعها عنهم تسهيلا وتيسيراً عليهم . ويشهد لكل ذلك النصوص السابقة .

ولرفع الحرج والمشقة عنا مظاهر كثيرة : منها ما هو فى العبادات، ومنها ما هو فى المعاملات ومنها ما هو فى العقوبات .

فى مجال العبادات نجد أن التكاليف التى نص عليها القرآن قليلة حتى نرى أنه من السهل القيام بها دون عنت أو مشقة .

فالله سبحانه وتعالى لم يفرض علينا الصوم إلا شهراً واحداً فى العام لما يعلمه الله فينا من جهد الجسم والنفس ومع ذلك أباح الفطر لمن يشق عليه الصوم فى بعض الحالات ، وكذلك الزكاة لم يفرضها الله إلا على القادر الذى يفيض ماله عن حاجته . والأمر كذلك بالنسبة للحج فلم يفرضه الله فى العمر إلا مرة واحدة لما فى الحج من مشقة مالية وبدنية ، وكذلك الصلاة فقد أوجبها الله فى اليوم خمس مرات وأوجب عليه أن يؤديها من قيام وهذا تكليف يسير لا حرج فيه ومع ذلك فقد رخص له أن يؤديها من قعود أو كيفما استطاع .

كما نجد إباحة قصر الصلاة فى السفر ويجوز الفطر للصائم إذا كان مريضاً أو على سفر .

وكذلك أبيح تناول المحرمات كالخمر ولحم الخنزير فى حال الضرورة والتيمم بالتراب بدل الوضوء لمن يريد الصلاة إذا لم يجد الماء أو ترتب على استعماله ضرر .

وفى المعاملات : نجد اليسر شاملا فليس هناك إجراءات رسمية أو شكلية لكى يصح بها العقد كما كان عند الرومان . بل تكفى الرغبة الموجودة عند المتعاقدين فى إبرام العقد ، ويشهد لذلك ما جاء فى قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . فان كلمة (تجارة) تشمل كل أنواع المعاملات .

ومن باب التيسير كذلك فى هذا الباب ابتناء كثير من الأحكام فى المعاملات على العرف المعتبر شرعاً نظراً لاختلاف العرف بحسب الزمان والمكان . كما سنفصل القول فى ذلك فى حينه .

وفى العقوبات : نجد أن منها ما يسمى فى الفقه «بالحدود» وهى عقوبات الزنى والقذف والسرقة وشرب الخمر صيانة للعرض والنسل والمال والعقل ومع هذا نجد الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : (إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فان الإمام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة) .

ونراه أيضاً صلى الله عليه وسلم يقول للص أتى به إليه — صلى الله عليه وسلم — قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع — (ما إخالك سرقت قال : بلى — أى سرقت — فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع) .

وكذلك يسقط الحد عن السارق إذا سرق ما يسد حاجته من مال يدعى أن له حقا فيه .

هذا ومن دلائل التيسير علينـا ما تفضل الله به علينا من رفعه عنـــا تـكاليف شاقة وعقوبات قاسية ضربها على اليهود جزاء تعسفهم وظلمهم وفى هذا يقول القرآن الـكريم(١) : (فبظلم من الذينهادوا حرمنا عليهمطيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيراً) ويقول (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون)(٢) .

وتجد كذلك أنه لم تقبل منهم الديـة بدل القصاص وأن علامـة التوبة عندهم قتلهم لأنفسهم . ومصداق ذلك قوله تعالى : (وإذ قال موسى لقومه ياقوم إنـكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل فتوبوا إلى بارئـكم فاقتـــلوا أنفسكم ذلـكم خير لـكم عنـــد بارئـكم فتاب عليـــكم إنه هـو التواب الرحيم)(٣) .

الأساس الثانى — قلة التـكاليف :

وذلك أن تـكاليف الشريعة قليلة لا تلحق بالعبد تعبا ولا تورث نفسه مللا ، لأنها فى العلم بها والامتثال بعملها لا تحتاج إلى زمن طويل ولا إلى صعوبة فى فهمها ، ولو نظرت إلى الواجبات المطلوبة فى كتاب الله لوجدتها قليلة يمـكن فهمها والعمل بها فى زمن بسيط .

فالصلوات الخمس مناجاة للرب لا تستغرق من اليوم إلا زمنا قليلا ، وصيام شهر رمضان جزء من اثنى عشر جزءاً فى العام ، والزكاة رباط بين

(١) سورة النساء ١٦٠ . (٢) سورة الأنعام ١٤٦ .
(٣) سورة البقرة ٥٤ .

الطبقات تشعرهم بالأخوة والمحبة ، والحج ضيافة الملك الملوك فى بيته الحرم مرة فى العمر يشهد لذلك قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حليم قد سألها قوم من قبلكم ثم أصبحوا بها كافرين)(١)

فأنت تجد أن الله تعالى ينهانا عن التعمق فى المسألة والتشديد فيها لئلا يكون ذلك سببا فى فرض أحكام لم تكن مفروضة فنعجز عن الامتثال لكثرة الفرائض فنهلك مع الهالكين ، فهذا النص ينادى بأن الله قد راعى قلة التكاليف حتى يسهل علينا الامتثال وحتى لا نقع فى الحرج والمشقة .

وتشهد لذلك السنة منها قوله صلى الله عليه وسلم للاقرع بن حابس حين سأل عن الحج : أفى كل عام يارسول الله ؟ (لو قلت نعم لوجبت ذرونى ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم) وقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوا عليها وحرم أشياء فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها) .

وإذا كانت الواجبات المطلوبة قليلة ومحصورة فالأمر كذلك فى المحرمات فلقد كانت هى الأخرى ضئيلة محصورة أما ما وراء ذلك وهو ما أباحه الله لعباده فكثير جداً حيث أطلقه ووسعه . فنى المطعومات أحصى الله عز وجل المحرمات ، حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وماذبح على النصب وأن تستقسموا بالازلام ذلكم فسق اليوم »(٢) ، وهى أشياء قليلة جداً بالنسبة لما أحله الله (يأيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا)(٣) .

---

(١) سوره المائده ١٠٢ . (٢) سوره المائده ٣ .

(٣) سوره البقره ١٨٦ .

الأساس الثالث — التدرج فى التشريع :

لم ينزل التشريع مرة واحدة بل جاء على فترات وأناه فى كل عام بشرع نوع من الاحكام لمناسبات شرعية واستمر فى النزول شيئا فشيئا حتى أكمل الله الدين وأتم التشريع ، والحكمة فى ذلك أن الاسلام جاء والعرب فى إباحة مطلقة يكرهون كل ما يقيد حريتهم ويحد من شهواتهم وقد تمكنت من نفوسهم عادات وغرائز لا يستطيعون التحول عنها دفعة فاقتضت الحكمة الإلهيه ألا يفاجئوا بالأحكام مرة واحدة فتنفر منها نفوسهم ومن هنا نزل القرآن الكريم على فترات فنزلت السور والآيات شيئا فشيئا حتى تم فى ثلاثة وعشرين عاما وكان أغلب الاحكام ينزل لأسباب تقتضيه فيكون أوقع فى النفس وأقرب إلى الانقياد .

من ذلك تحريم الخمر :

فإنها كانت قد تمكنت من نفوس العرب تمكنا اقتضت معه الحكمة الإلهية أن يتدرج القرآن فى تشريع أحكامها فلم يصرح لهم بتحريمها بادىء ذى بدء بل قال فى الجواب عنها وعن الميسر (قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما)(١) .

لكنه خلط ما فيها من منافع بالإثم الكبير الذى يغلب النفع وهو تعبير يخطو بالخمر خطوات واسعة إلى التحريم حيث يجعل أصحاب العقول الراجحة يفطنون إلى نظرة الشارع إليها وينفرون منها وبعد أن أشار إلى أنه ينبغى تركها لغلبة إثمها ينهى الناس عن الصلاة فى حالة السكر (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) .

ولما تهيأت النفوس لتقبل الامتناع عن شرب الخمر فى ارتياح صرح

---

(١) سوره البقره ٢١٩ .

القرآن بالنهى عنها نهياً عاما مؤكداً فقال: (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون)(١)

وكانت عقوبة الزانى فى صدر الإسلام لا تعدو الحبس فى البيوت والإيذاء بالقول (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيت) (٢)، ثم جعلها الله بعد ذلك الرجم للمحصن — أى المتزوج — والجلد للكبار أما الرجم فقد ثبت بالسنة المطهرة وبالفعل لأنه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً والغامدية بعد اقرار كل منهما فى وقعته وطلب من النبى صلى الله عليه وسلم أن يطهره بالحد وقد رده الرسول لعله يرجع فلا يحد ليتوب بعد ذلك فرفض ثم رجم .

وأما الحد فيقول الله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)(٣)

وكذلك أحكام الجهاد لم ترد مرة واحدة بل كانت على فترات لأن المسلمين فى بداية الأمر كانوا قلة لا يقوون على مناهضة المشركين وقتالهم لما كان الأمر كذلك أمروا بالعفو والصبر على الأعداء وترك مقاتلتهم فقال الله تعالى: (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين) (وإن الساعة لآتية فاصفح الصفح الجميل)

فلما اشتد ساعد المسلمين . ودخل الناس فى دين الله أفواجا أذن لهم فى القتال ليدفعوا عن أنفسهم : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وأن الله على

(١) سورة المائدة / ٩٠ : ٩١

(٢) سورة النساء ١٥

(٣) سورة النور ٢

نصرهم لقدير ». ولما عرفوا فائدة القتال وأدركوا حسن عاقبته أمرهم به « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين، واقتلوهم حيث ثقفتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ». و « قاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله »

كذلك كان التدرج فى الصلاة : فقد شرعت أولا ركعتين بالغداة وركعتين بالعشى رأفة بالناس ورحمة بهم لأنهم كانوا حديثى عهد بالإسلام ولم يكونوا قد تذوقوا حلاوتها ولم يعرفوا لذة المناجاة فيها فلما اطمأنت بها نفوسهم، زادها الله على حسب ما اقتضته حكمته (١)

---

(١) انظر تاريخ التشريع للشيخ الفاضل محمد على السايس ص ٢٨

مقارنة بين الشريعة الاسلامية(١)

والقوانين الوضعية(٢)

الشريعة الإسلامية لها خصائصها ومميزاتها التي تميزها عن غيرها من الشرائع وسوف أقصر القول على بعضها لغرض المقارنة وسأكتفي بالنواحي الآتية :

أولا — من ناحية الأصل والمصدر فمصدر الشريعة الإسلامية إلهي ومصدر القوانين الوضعية بشرى .

مصادر الشريعة الإسلامية :

ترجع الشريعة الإسلامية إلى مصدرين أصليين القرآن الكريم والسنة النبوية ويلحق بهما الإجماع والقياس .

وهذه المصادر الأربعة هي التي اتفق عليها جماهير الفقهاء إلا أن الإجماع والقياس يرجعان في الحقيقة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية لأن الإجماع لابدله من دليل وهذا الدليل إما قرآن أو سنة ، والقياس لابد فيه من مقيس عليه ودليله إما قرآن أو سنة .

---

(١) الشريعة الإسلامية كما علمت هي مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات والقواعد التي شرعها الله على يد رسوله .

(٢) أما القوانين الوضعية . فالقوانين جمع قانون والقانون في اللغة : هو مقياس كل شيء وهي كلمة معربة قيل أصلها رومي وقيل فارسي-القاموس ج٤ص٢٦١ . أما هو في الإصلاح : فهو القاعدة الكلية التي يتعرف منها أحكام جزئياتها وسميت وضعية لأنها من وضع البشر وتمييزاً لها عن الشرائع السماوية إذ هي من وضع الله سبحانه وتعالى والقوانين الوضعية متعددة بتعدد واضعيها ومنها ما هو قديم كالقانون الروماني والحوراني ومنها ما هـــو حديث كالقانون الفرنسي والألماني والسويسري والإيطالي والبلجيكي والإنجليزي .

والنظر والاجتهاد لا يكون معتداً بها إلا إذا كانا دائرين فى فلك الشريعة مهتدين بقواعدها وأسسها ، وعماد ذلك القرآن والسنة .

والحق . أن القرآن والسنة النبوية جاءا وافيين بجميع ما يحتاج إليه البشر فى دينهم ودنياهم .

إما عن طريق النص والتصريح أو الإشارة والفحوى أو قياس ما ليس فيها على ما هو فيهما أو الاجتهاد والنظر فى حدود القواعد الشرعية التى أخذت واستنبطت منهما أو مراعاة روح التشريع العام ومقصده ومغزاه :

ثم إن الشريعة الإسلامية قد قعدت قواعدها واكتمل بنيانها فى فترة الفهم والتطبيق لنصوصها ، ولم يطرأ عليها أى تغيير أو تعديل مهما طال الزمن والخلاف الوقع بين فقهائنا إنما كان فى الفروع والتطبيق فقط والسبب فى ذلك أن نصوص الشريعة جاءت عامة أو مطلقة فيها من المرونة ما يجعلها قابلة التطبيق على جميع الأحوال .

وأذكر لك طرفا من نصوص الشريعة العامة فى القرآن الكريم والسنة النبوية ؛ فمن القرآن الكريم قوله تعالى :

« ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »(١) .

« وأشهدوا ذوى عدل منكم »(٢) .

« وأمرهم شورى بينهم »(٣) :

« وأوفو بالعهد إن العهد كان مسئولا »(٥) .

---

(١) سورة البقرة ٢٨ .

(٢) سورة الطلاق ٢٠ .

(٣) سورة الشورى ٧٨ .

(٤) سورة الإسراء ٣٤ .

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »(١) .

« فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول »(٢) .

« فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه »(٣) .

« وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »(٤) .

« ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد »(٥) .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على من أدعى واليمين على من أنكر » . « وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . « ولا ضرر ولا ضرر فى الإسلام » . « المسلمون عند شروطهم » . « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » . « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » .

مصدر القوانين الوضعية :

أما مصدر القوانين الوضعية فرجعه إلى عقول البشر وتفكيرهم وهذا أمر من المسلمات إذ لم يزعم أحد أن هذه القوانين ترجع فى مصدرها إلى أصل سماوى أو إلى معصوم من الغلط والخطأ والهوى والشهوة .

كذلك القوانين الوضعية عرضة للتغيير والتبديل ما تغير الزمن وتبدل وتختلف باختلاف البيئة فكل جماعة تضع القانون الملائم لها وعلى ذلك فقد أتت القواعد والنظريات الوضعية مقصورة على الجماعة التى نشأ فيها .

---

(١) سورة المائدة ٢

(٢) سورة المائدة ٤٩ .

(٣) سورة البقرة ١٧٣

(٤) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٥) سورة المائدة ١ .

وأكبر دليل على ذلك أن القانون الرومانى الذى عده المؤرخون الغربيون مفخرة القوانين عندهم ، نراه ولد مع مولد مدينة روما سنة ٧٥٤ قبل الميلاد ولم تتم قواعده إلا فى عصر القيصر جوستينيان حيث تم جمعه فى سنة ٥٢٣ بعد الميلاد بعد أن بلغ فى عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرناً ، ومع هذا العمر الطويل الملىء بالتعديل والتحسين لا يصح للتطبيق فى هذا الزمن بل ولا فيما سبق من الزمان .

ما يترتب على هذا الفرق من نتائج :

ويترتب على هذا الفرق الأصيل فى المصدر النتائج الآتية :

١ — أن تكون للتشريعات الاسلامية القداسة والتقدير فى النفوس وذلك لأن واضعها هو الله سبحانه وتعالى وله فى النفوس القداسة العظمى والخضوع المطلق . ولا كذلك القوانين الوضعية فهى مهما كانت منزلة واضعها ليس لها هذا التقديس .

وللتقديس والخضوع أثره الكبير فى التزام الشريعة والعمل بها فى السر والعلن حتى لو أمن العامل غفلة الحاكم الذى ينفذ الشريعة لأنه إن غفل الحاكم ولم تصل إلى علمه الجريمة أو المخالفة فلن يغفل الرقيب العليم بكل شىء والخبير بما تهجس به النفوس وهو الله تبارك وتعالى .

وهذه المراقبة للخالق إنما تربيها وتنميها الشرائع السماوية وإن تجد أصلح المجتمعات من سيطرة ملكة المراقبة فى النفوس .

وإنك لتجد هذا المعنى ظاهراً فى سلوك بعض الأغنياء الذين يخرجون زكاة أموالهم طائعين مختارين عن طيب نفس بينما تجدهم يتقاعسون عن دفع بعض الضرائب التى تفرضها الدولة مع أنها تنفق فى وجوه المصلحة العامة وإذا دفعوها مكرهين ، وذلك لأن الزكاة تكليف من الشارع الحكيم أما الضرائب فتكليف من الحاكم وبسلطة القانون .

٢ ــ مواءمة التكاليف الشرعية للفطرة وصلاحيتها لكل زمان ومكان ولكل الامم والشعوب على اختلاف طبائعها وبيئاتها .

وذلك لأن واضعها ومشرعها هو الله سبحانه وتعالى وهو عالم بما كان وما يكون وعالم بالبشر وفطرهم وغرائزهم وطباعهم وكل مايتعرض لهم مع تنزهه سبحانه عن الخضوع والأهـواء والشهوات أو التأثر بالمؤثرات وفى هـذا المعنى يقول الله تعالى : (فأقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التى فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون)

ولنضرب مثلا توضيحياً لما قلنا وليكن عقوبة القصاص فالقصاص حق لولى الدم ولم تجعله الشريعة حقا لازما فالحدود لا يجوز التسامح فيها ولكنه جعل لولى الدم العفو إلى بدل وهو الدية أو العفو المطلق دون بدل والحكمة فى هذا أن بعض الناس ممن يحبون الاخذ بالثأر لا يرضون إلا بالقصاص وبغيره لاتهدأ النفوس وبعض أولياء الدم كالفقراء مثلا يرون أن الدية أنفع لهم من القصاص ولا سيما إذا كان المقتول هو عائلهم وليس لهم عائل سواه فمثل هؤلاء يفضلون الدية على القصاص .

وبعض الأولياء قد يرون العفو المطلق إما لسمو فى نفوسهم وقـــوة فى دينهم فهم يلتمسون الأجر من الله وإما لظروف تدعوهم إلى العفو عن القاتل لقرابة مثلا .

وبذلك ظهر سمو التشريع الاسلامى على القوانين الوضعية قد تعاقب بالاعدام كمن تجيز هذا أو تعاقب بغيره بسجن أو غرامة مالية أو هما معاً .

أما القوانين الوضعية فواضعها البشر والبشر مهما بلغوا من العلـــم فعلمهم قاصر فهم إن علموا ما فى أمسهم ويومهم فلن يعلموا ما فى غدهم

(١) سورة الروم ٣٠

وإن علموا بعض طبائع البشر فلن يعلموها كلها ، ومن هذا كانت القوانين لا تواثم كل الفطر ولا جميع البيئات ولا تحقق مصلحة الناس وصلاح المجتمعات فهى إذا صلحت لقوم لا تصلح لآخرين وإذا لاءمت بعض البيئات فهى لا تلائم البعض الآخر .

وليس أدل على هذا: من أن القانون الذى تحكم به بعض البلاد الاسلامية والعربية فى بعض الجرائم وعقوبتها كجريمة الزنا وعقوبتها فسد ولم يعد يصلح وكان سبباً فى الاستهانة بالأعراض وفساد الأخلاق لأنه وضع لبيئة غير بيئتنا ولقوم تقاليدهم غير تقاليدنا .

٣ — موافقة التشريعات الإسلامية للصواب والحق والعدل لعدم احتمال الخطأ فى التشريع أو الغلط أو الجور أو الظلم أو الخضوع للأهواء والشهوات لأن الله سبحانه وتعالى منزه عن كل ذلك وكذلك الرسول معصوم من ذلك وفى هذا المعنى يقول القرآن (وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم)(١) . أما القوانين الوضعية : فهى عرضة للخطأ والغلط والسهو واتباع الأهواء والشهوات ومن هنا فإن القوانين الوضعية لا تسلم من الخطأ والنقص والابطال والتغيير والتبديل (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً)(٢) .

٤ — إن الشريعة الاسلامية ربطت تشريعاتها بالجانب الروحى أو بعبارة أخرى عرضت لظاهر الأعمال وباطنها بخلاف القوانين الوضعية فإنها عنيت بالظاهر ولم تعن بالجانب الروحى أو الأخروى أية عناية .

وإنك لتجد هذا ظاهراً فى التشريعات الاسلامية حيث رتبت على التكليفات الشرعية آثار دنيوية وأخرى أخروية بالثواب والعقاب .

(١) سورة الأنعام ١١٥

(٢) سورة النساء ٨٢

فمثلا : القرض الحسن أمر جائز شرعاً وقانوناً ، والقانون لا ينظر إليه إلا من الناحية الظاهرية والاجتماعية أما الشرع فجعل له ثوابا مضاعفاً مدخراً عند الله .

فالقرآن يقول « من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون » (١)

ويقول الرسول عليه السلام :

« رأيت ليلة أسرى بى على باب الجنة مكتوبا: الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت لجبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة »

والقتل محرم شرعاً وقانوناً ويعاقب القاتل فى الشرع والقانون ولكن عقوبة الشارع دنيوية وأخروية فالدنيوية القصاص فى القتل العمد والإثم العظيم والوعيد الشديد فى الآخرة فقال الله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما » (٢).

أما العقوبة فى القانون الوضعى فدنيوية بحتة وهى الإعدام إن كان القتل مع سبق الإصرار وإن كان غير ذلك فالسجن أو الغرامة أو هما معاً .

٥ — رعاية الشريعة للجانب الإنسانى .

فلقد حرمت الربا فى شتى صوره قليلا كان أم كثيراً لأن إحلال القليل يؤدى إلى الكثير ولا يغلق هذا الشر المستطير .

لأن الشريعة تنظر إلى المال على أن له وظيفة اجتماعية واقتصادية يؤديها وهى أن يكون وسيلة لسد حاجات الناس ولمنفعتهم وأنه وسيلة إلى الكسب المشروع فإن خرج عن وظيفته هذه بأن انتهز حاجة المحتاجين والأثراء على

---

(١) البقرة ٢٤٥ (٢) النساء ٩١

حسابهم أو اكتنز ، فلكل هذه العوامل تخرج المال عن الغرض الذى أوجده الله من أجله ومن هنا حرم الشارع الربا قليله وكثيره .

أما القوانين الوضعية فأغفلت أو تغافلت عن رعاية الجانب الإنسانى فأباحت الربا قليله وكثيره ثم لما تهذبت بعض الشىء أباحت قليله دون كثيره وأغفلت استغلال المرابين لحاجة الفقراء والمساكين .

فكانت غير دقيقة فى تقنيناتها وأفلست فى إيجاد مجتمع إنسانى تسوده المودة والرحمة .

ثانياً — من ناحية مبدأ المساواة فى الشريعة والقوانين الوضعية :

من المقارنات الهامة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أن التشريعات الإسلامية قائمة على المساواة بين الناس جميعاً بأوسع معانيها فلا قيود ولا استثناءات وإنما هى مساواة مطلقة بين الأفراد حكاماً أو محكومين رؤساء ومرءوسين لا فرق بين جنس وجنس ولا لون ولون ولقد نطق القرآن بهذا المبدأ الخالد فقال :

«يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير »(١) .

فالناس جميعا على اختلاف أجناسهم وشعوبهم وألوانهم وألسنتهم سواء فى الحقوق سواء فى المسئوليات .

وقد طبقت الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل ولهذا لا تفرق فى خصومها بين الملوك والسوقة ولا بين الرؤساء والمرءوسين ولا بين ممثلى الدول السياسيين والرعايا العاديين ولا بين الأغنياء والفقراء فكل الناس أمام شرع الله سواء لا قداسة فى الإسلام ولا امتياز للخلفاء والملوك والرؤساء .

---

(١) الحجرات ١٣

والشريعة لا تفرق بين رؤساء الدول والرعايا فى الخضوع لأحكام الشريعة وسريانها عليهم وهم مسئولون عن جرائمهم ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول فى الإسلام لا قداسة لهم ولا امتياز وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد وإذا ارتكب أحد من بنيهم أو أهليهم جريمة عوقب عليها .

ولنضرب لك مثلا فريداً فى تاريخ الدنيا يشهد على ما قلناه.

حينما كان صلى الله عليه وسلم مريضاً مرض الموت خرج صلى الله عليه وسلم بين الفضل بن العباس وعلى حتى جلس على المنبر ثم قال :

أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهرى فليستقد منه ومن كنت شتمت له عرضاً فهذا عرضى فليستقد منه ومن أخذت له مالا فهذا مالى فليأخذ منه ولا يخشى الشحناء من قبلى فإنها ليست من شأنى الا وإن أحبكم إلى من أخذ منى حقاً إن كان له أو حللنى — أى تنازل لى عنه — فلقيت ربى وأنا طيب النفس »

ثم نزل فصلى الظهر ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى :

ألا فلتشهد الدنيا إلى أى حد وصل عدل الراعى مع الرعية والحاكم مع المحكومين وإلى أى حد بلغت المساواة فى الإسلام.

أما المساواة فى القوانين الوضعية .

فكانت القوانين الوضعية — حتى آخر القرن الثامن عشر — تميز بين الأفراد ولم تعرف المساواة بين الحاكمين والمحكومين ورجال الدين وغيرهم والأشراف وغيرهم .

فكانت تميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة وفى تنفيذها وكانت المحاكم تتعدد تبعاً لتعدد الطوائف فللأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة .

وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هـذه المحاكم بعقوبات مختلفة وكان لشخصية الجانى اعتبارها فالجريمة التى يرتكبها الشريف يعفى منهـا أو يعاقب عليها بأتفه العقوبات وإذا أتاها الرجل العادى عوقب بأقسى العقوبات وكانت بعض الأعمال إذا أتاها الأشراف ورجال الدين يعفون منها وإذا فعلها عامة الناس يحاسبون عليها حساباً شديداً .

هـكذا كان حال القانون الوضعى إلى آخر القرن الثامن عشر حتى جاءت الثورة الفرنسية فجاءت المساواة أساساً من الأسس الأولية فى القانون .

ولـكن مع هذا لم يطبق هذا المبدأ تطبيقاً تاماً حتى وقتنا هـذا إذ نرى بعض الدول المتحضرة الآن تؤمن بالفوارق فلا يزال الرجل الأبيض يرى لنفسه ميزة عن الرجل الأسود وليس أدل على ذلك مما تعانيه أمريـكا اليوم من جراء هذه التفرقة . وهذا يؤكد لنا أن قوانين المساواة عند هؤلاء لا تعدو أن تـكون حبراً على ورق وإنك لتلمس عدم المساواة فى الأمثلة الآتية :

١ — إعفاء رؤساء الدول الأجنبية : تعفى القوانين رؤساء الدول الأجنبية من أن يحاكموا عـلى ما يرتـكبونه من الجرائم فى أى بلد غير بلادهم وهـذا الإعفاء يشمل رئيس أى دولة وحاشيته .

٢ — إعفاء المفوضين من السياسيين : وكذلك تعفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم .

٣ — إعفاء ممثلى الشعب : وتعفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البـلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء تأدية وظائفهم .

وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه .

وهذا التمييز اعتداء صارخ على المساواة إذ هناك من الأفراد من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير كبير أ كثر مما لأى عضو من أعضاء المجالس النيابية وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل هذه الحصانة .

٤ — التمييز بين الفقراء والأغنياء :

وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير من الحالات ومن أمثلة ذلك فى القانون المصرى نرى أن قانون تحقيق الجنايات المصرى يجيز للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضى وللاخير أن يفرج عن المحبوس بضمان مالى(١) .

وفى تقرير مبدأ الضمان المالى خروج على مبدأ المساواة لان الغنى هو الذى يستطيع دائما أن يدفع الضمان المالى فيخرج من حبسه .

أما الفقير فهو فى أغلب الأحيان عاجز عن دفع الضمان فيظل رهين محبسه وقد يكون له أولاد يرعاهم يضيمون بحبسه وقد تقضى المحكمة ببراءته مما نسب اليه فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم بل لأنه عجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر لأنه فقير .

وبعد هذه المقارنة يتضح لنا أن القوانين الوضعية لم تسو بين الحاكمين والمحكومين ولا بين الغنى والفقير ولا الرؤساء والمرءوسين .

ويكفينا هذا القدر من المقارنة بين التشريع الاسلامى الالهى وبين القوانين الوضعية الأرضية وقد ظهر من خلالها فضل تشريعات الرب الرحمن على قوانين بنى الانسان .

---

(١) المواد من ١٠٤ — ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى.

الفقه الاسلامى

ودعوى تأثره بالقانون الرومانى

هذه مسألة أثيرت من زمن بعيد أثارتها فئة غريبة لم تعرف عن الاسلام إلا معلومات سطحية لا تمثل الإسلام فى شىء فعلوا ذلك ليشككوا بسطاء المسلمين فى فقههم فيولوا وجوههم نحو ما عندهم من الفقه .

وخلاصة المسألة أن طائفة من المستشرقين زعموا أن الفقه الاسلامى استمد بعض أصوله وقواعده من الفقة الرومانى .

وحجة هؤلاء أن الفقه الرومانى سبق الفقه الاسلامى فى الوجود فقد تم بناؤه قبل أن يوجد الفقه الاسلامى بأكثر من خمسين عاما ومن المسلم به أن اللاحق يستمد من السابق .

ومن المعلوم أن الفقه الرومانى عاش فى عمر الزمان وقتا طويلا بين دراسة العلماء وعناية الملوك .

وينقل التاريخ لنا أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسافرون بتجارتهم إلى الشام وهى إذ ذاك تحت الحكم الرومانى تدرس فيها القوانين الرومانية وأمدوا بها فقههم .

والدليل على ذلك ما نراه من تشابه فى الفقهين فى قواعدهما كالبينة على المدعى واليمين على من أنكر وقاعدة المصالح المرسلة فإنها بعينها مبدأ المنفعة فى الفقه الرومانى كما أن قاعدة إقليمية الأحكام مقررة فى الفقه الاسلامى — أى إذا دخل غير المسلمين بلاد المسلمين خضعوا لحكم الاسلام — وهى بعينها موجودة عند الرومانيين .

الرد على هذا الزعم :

وهؤلاء نقول لهم : إن مجرد السبق فى الوجود لا يلزم منه أن الفقه الإسلامى قد تأثر بالفقه الرومانى .

وأن سفر الصحابة رضوان الله عليهم إلى بعض البلاد بقصد التجارة لم يتعد شبه الجزيرة إلا نادراً .

وعلى فرض حصوله فخروجهم للتجارة لا يستلزم منه تعلم هذه القوانين؛ ثم إنه لا يعقل أن تنقل قوانين وضعية رومانية وتنسب إلى الله والشريعة الإسلامية والله سبحانه وتعالى يقول «وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى »(١) .

على أن الفقه الرومانى قد كمل فى عهد القيصر جوستينيان حيث جمعه فى سنة ٥٢٣ بعد الميلاد وبموته سنه ٥٦٥ ضعف ذلك الفقة باضمحلال الدولة الرومانية وجهل الناس ولم يعد يدرس كما كان، والإسلام بدأ بعد ذلك بنصف قرن فكيف يتأثر هذا بقانون انزوى وسط الكنائس والمعابد ؟

بقيت ملاحظة أخيرة فى مسألة التشابه بين الفقهين ، وهى :

إن كثيراً من الأسس والقواعد التى تنظم قانون العقوبات ، والمواريث والأحوال الشخصية — حسب الاصطلاح الحديث — كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريقيين وغيرهم من الأمم السابقة على الرومان ، ومع ذلك لم يقل أحد إن الإسلام تأثر بها .

ولا يقال كذلك :

إن الإسلام أقر بعض ما كان عند العرب وبعضها مأخوذ من القانون الرومانى لأن إقرار هذه العادات والمعاملات لا يعتبر أخذاً أو تأثراً لأن

---

(١) النجم ٢ ٣

الاسلام لم يأت للهدم بل جاء للبناء ، ولذلك أقر الصالح من العادات وهدم الفاسد وهذب مااحتاج إلى التهذيب .

على أن الفقه الاسلامى بنى على العدالة المطلقة من أول الأمر فلاينظر إلى الأفراد إلا بقدر مايصلح المجتمع .

وأما الفقه الرومانى فقد بنى فى أول الأمر على أن الحق للقرة فبقدر قوة الفرد أو الجماعة يكون نصيبه من التشريع فقدكان الناس فى زمنه طبقات وأحكامه وضعت على نظام الطبقات حتى إنه كان يعتبر الايذاء الذى يقع على الشريف أفظع مما يقع على غيره من عامة الناس وعقوبة الشريف إذا جنى جناية تكون أقل مما يعاقب به غيره .

فأين هذا مما قرره الاسلام من أول الأمر على لسان الرسول الكريم فيقول «أيها الناس إنما هلك من كان قبلكم لأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف قطعوه وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» .

ويقول لبنى هاشم «يابنى هاشم لاأغنى عنكم من الله شيئاً» .

وإذا كان هذا أساس الفقهين فكيف يتأثر الفقه الاسلامى الكامل بقانون وضع ناقصاً فى أول الأمر ثم أخذ يطلب الكمال؟

ثم نقول لهؤلاء أيضاً إن فريتكم هذه نشأت عن جهلكم لحقيقة الفقه الاسلامى لأن من يستعرض الفقهين يجد أن كلا منهما قد امتاز بخصائص لم توجد فى الآخر .

ففى الفقه الاسلامى نظم لاأصل لها فى القانون الرومانى، كالوقف والشفعة وموانع الزواج من الرضاع ، ونظام التعزير — وهو ترك تقدير العقوبة للقاضى حسب اجتهاده، والحد من تصرفات المريض مرض الموت لحق الغرباء .

والوراثة فى الوقت الذى لا يعرفها القانون الرومانى .

كما انفرد القانون الرومانى بنظم لا وجود لها فى الفقه الاسلامى .

كنظام السلطة الأبوية (كأن يقرر أن ولاية الأب تستمر على ابنه مطلقا مادام الأب حراً على قيد الحياة وتبقى حتى يأتى التحرير من الأب) .

والسيادة الزوجية والوصاية على المرأة ونظام التبنى الذى ألغاه الإسلام وأهدره .

وهناك نظم مشتركة بينهما ولكن قواعدها مختلفة بينهما أشد الاختلاف

فالقانون الجنائى موجود فيهما وشتان ما بينهما . ونظام الزواج مقرر فيهما لكنه فردى عند الرومان ومتعدد عند المسلمين ، ونظام المواريث كذلك غير أن المرأة لها مثل ما للرجل عنــــد الرومان وهى على النصف من الرجل فى الاسلام . والطلاق حق مقرر فيهما ولكنه من حق الزوج فى الاسلام ومشترك بين الزوجين عند الرومان . والعقود مشروعة فى كل منهما لكنها تقوم على الشكلية فى القانون الرومانى بخلاف الفقه الاسلامى فانه لا يعرف الشكلية لأن أساس التعاقد فيه قائم على التراضى .

فلو كان التأثير موجوداً بين الفقهين لوجد على الأقل التشابه بين الأنظمة المشتركة بينهما .

وبعد تلك المناقشة مع هؤلاء نقول لهم لو كنتم منصفين حقاً لقلتم عكس هذا القول وحسبنا أن نرد عليكم بما قاله أحدكم « فى أوائل القرن الحادى عشر ذهب « هربرت الفرنسى » مع أخوانه من أنصار العلم والحق الذين يتلقون العلوم فى مدارس الأندلس الاسلامية وفى جملتها الفقه الاسلامى وكانوا يترجمون دروسهم إلى لغتهم ولما كانت الحقوق عندهم رديئة والقوانين ظالمة مشوشة فكروا فى نقل ما يلائمهم من الفقه الاسلامى وأقنعوا ملوكهم بذلك .

وأخيراً اتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون المدنى ويعزوه لعلماء الحقوق منهم نتيجة لبحثهم لا أنه أخذ من الفقه الإسلامى . كيلا ينفر منه المسيحيون المتعصبون لدينهم ، هكذا يقرر المؤرخ الألمانى « موسهيم فى تاريخ الكنيسة » وبما أقره المؤتمر الدولى للقانون المقارن فى دورته الثانية فى مدينة لاهاى سنة ١٩٣٧ م : من أن الشريعة الإسلامية تعتبر تشريعاً مرناً مستقلا بذاته ليس مأخوذاً من غيره(١) . والله أعلم .

---

(١) راجع بحثاً فى هذا الموضوع فى مجلة الأزهر ٧ / ٢٦٤ للأستاذ سيد عفيق : فلسفة التشريع فى الإسلام ص٢٢٩ — ٢٥٠ للدكتور صبحى المحصانى تاريخ الفلسفة فى الإسلام : عبد الهادى ريده ص٤٢ .

القسم الأول

ويشتمل على البحوث التالية :

١ ــ الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي .

٢ ــ المذاهب الفقهية المشهورة .

٣ ــ مصادر الفقه الإسلامي .

٤ ــ الاجتهاد والانتهاء .

٥ ــ أسباب الاختلاف بين الفقهاء .

٦ ــ دراسة بين القواعد الكلية للفقه الإسلامي .

المبحث الأول

الأدوار التي مر بها الفقه الاسلامي

الفقه الإسلامي مثله في هذا الشأن كأي كائن حي تعتريه عوامل النمو والارتقاء والضعف وعلى هذا الأساس مر الفقه الإسلامي بأدوار نجملها في خمسة :

الدور الأول : دور النشأة وهو يتناول الحياة القانونية للعرب عند بعثة الرسول والتشريع في عهد الرسول ﷺ وينتهي بوفاة الرسول ﷺ في سنة ١١ هـ .

الدور الثاني : ويتناول التشريع في عصر الخلفاء الراشدين وكبار التابعين وقد استمر هذا الدور إلى سقوط دولة بني أمية ١٣٢ هـ .

الدور الثالث : دور النضج والكمال وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري .

الدور الرابع : دور التقليد وسد باب الاجتهاد وينتهي ١٢٨٦ هـ

الدور الخامس : دور اليقظة الفقهية الذي يبدأ بالحركة الفقهية التي ظهرت في تركيا ١٢٨٥ هـ وقت ظهور المجلة الشرعية ويستمر إلى الوقت الحاضر

الدور الأول

دور النشأة

حال العرب قبل الإسلام :

من يريد أن يبحث فى الفقه الإسلامى يجب عليه أن يلم بحال العرب قبل بعثة الرسول عليه الصلاة والسلام ليعلم مامدى استفادة الفقه الإسلامى من التربة التي نبت وترعرع فيها .

ومن البديهى أن لكل مجتمع — مهما كانت قلته — علاقات تنشأ بين أفراده ولا بد لهذه العلاقات من قانون ينظم تلك العلاقات .

والمجتمع العربي فى شبه الجزيرة(١) العربية قبل الإسلام لم يشذ عن هذا الناموس الطبيعى فلقد كانت له من القواعد والقوانين - وإن لم تكن على الوضع المعروف لنا اليوم - ما يصح أن يطلق عليها نظاما قانونياً .

ومن الغريب أن يتصور بعض الناس أن حياة العرب كانت حينذاك على قدر كبير من الفوضى والاهمال والجهل والواقع خلاف ذلك إذ كان هناك العرب الرحل يسكنون الصحراء .

والذين يقطنون المدن كمكة أو المدينة وقد كان لهم علاقات بجيرانهم فكانت مكة بلداً تجارياً له علاقات تجارية مستمرة مع سوريا وكذا العراق واليمن .

وكانت المدينة بلداً زراعياً وكان يقطنها يهود من العرب كانوا يعملون بالصناعة .

---

(١) وقد ظهر الاسلام فى بلاد العرب لأن سكانها كانوا خليطا من أديان مختلفة حتى يمكن أن يتعرف المسلمون الحجج التى تبطل دعوى المخالفين. هذا وقد نبتت الأديان الثلاثة التى يدين بها أكثر العالم حول هذه المنطقة فاليهودية نبتت من صحراء سيناء والنصرانية من فلسطين والاسلام من صحراء العرب. د . سلام مدكور ص١٠ فى تاريخ التشريع الاسلامى .

فكانت من الطبيعى إزاء تلك المعاملات أن توجد قوانين ونظم تحكم تلك العلاقات .

فكان للعرب وقتئذ كثير من العلاقات والنظم .

فمن ناحية الأسرة كان لهم أنظمة تتعلق بالزواج والطلاق والميراث وكان لهم محارم يحرمونها كالأمهات والبنات والأخوات .

وكان عندهم بعض أنواع العقوبات التى تحارب الجريمة كالقصاص والديات والقسامة (وهى حلف خمسين يميناً من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل يتخيرهم ولى الدم بأنهم ماقتلوه ولا عرفوا قاتله) فيقضى على أهل المحلة جميعاً وكان لهم عقوبات على جرائم السرقة والزنا .

كذلك عرف العرب فى الجاهلية كثيراً من ضروب المعاملات كالبيع والرهن والشركة والمضاربة والاجارة والسلم .

وعلى أية حال فان هذه النظم التى كانت موجودة عند العرب حينذاك لم تكن لها خصائص القوانين المعروفة لنا الآن حيث لم تكن هناك سلطة معينة محددة سوى شخص رئيس القبيلة .

ومن ثم فلم تكن لتلك النظم وهذه القوانين من قدرة على تكوين مجتمع صالح ومن اجل ذلك دعت الضرورة إلى البعث الاسلامى .

بعثة الرسول : وقد بعث رسول الله إلى الناس كافة فى سنة ٦١٠ م ، وحينذاك بدأ الوحى يتنزل عليه من قبل الله تعالى واستمر على هذه الحال قرابة ثلاث وعشرين سنة ثلاث عشرة بمكة والباقى بالمدينة ولذا انقسم التشريع الاسلامى فى هذه الفترة إلى قسمين :

الأول التشريع المكى وهو ما كان قبل الهجرة .

الثانى التشريع المكى المدنى وهو ما كان بعد الهجرة .

التشريع المكي : العقيدة هي الأساس الذي ينبني عليه كل ماعداه ومن هنا اهتم التشريع المكي أول ما اهتم بإصلاح العقيدة .

١ — فدعا الناس إلى التوحيد وإفراد الله بالعبادة وردهم عن الشرك .

٢ — ثم دعاهم إلى الايمان بالرسل والملائكة والبعث والحساب في اليوم الآخر .

٣ — وحثهم على التخلق بمحاسن الأخلاق كالصدق والوفاء والاحسان والعدل .

٤ — ثم نرى القرآن في تلك الحقبة زاخراً بالثناء على الله عز وجل ووصفه بآثاره في الطبيعة .

٥ — ودعا الناس إلى التدبر في آيات الكون .

٦ — ثم ساق قصص السابقين للعبرة بهم وما أصابهم من عذاب لكفرهم بآيات الله وما أعده الله للمؤمنين من نعيم دائم في الآخرة .

وفي النهاية لم يتعرض التشريع في هذه الفترة لشيء من التشريعات العملية إلا ما كان له صلة بحماية العقيدة كتحريم الميتة والدم وما لم يذكر اسم الله عليه .

أو ما كان من عبادة عملية تربط بخالقه وتجمل الخضوع لله وحده .

التشريع المدني : لما أذن الله للنبي بالهجرة من مكة إلى المدينة بدأت حينذاك تتكون الدولة الإسلامية في الوطن الجديد للمسلمين — المدينة —

وكانت مهمة الرسول في ذلك الوقت ليست قاصرة على الأمور الدينية فحسب بل تعدتها إلى شئون السياسة والقانون .

ومن ذلك الحين اتجه التشريع الاسلامي إلى تنظيم الدولة داخلياً وخارجياً .

١ — فمن ناحية القضاء والحكم :

أمر الله سبحانه وتعالى الناس : أن يحكموا بالعدل فقال « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »

أمر الله سبحانه وتعالى الناس ألا يدلوا بأموالهم إلى الحكام لأكل أموال الناس بالباطل .

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » وطلب إليهم أن يؤدوا الشهادة ولا يكتموها « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »

ونهاهم عن شهادة الزور « والذين يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراما »

وطلب إليهم أن يكونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسهم «ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا»

قواعد الحرب والجهاد : وفيها بيان من يجوز قتاله ومن لا يجوز وما يكون عليه الأمر فى تقسيم الغنائم ومعاملة الأسرى .

نظام الأسرة : فنظم الزواج والطلاق والنفقة والعدة حتى يستقيم أمر الأسرة وألا تختلط الأنساب .

المواريث : ووضع التشريع فى هذا الصدد نظاما للمواريث جعل فيه الحق للمرأة فهى على النصف من الرجل فى التركة وكانت قبل ذلك نسياً منسياً .

المعاملات : ثم شرع جميع المعاملات التى يحتاج إليها الناس .

العقوبات : ولقد اهتم التشريع بالنظام العقابي فوضع عقوبات مقدرة بالنسبة لجرائم الحدود كالقذف والزنا والسرقة والحرابة .

ووضع عقوبات غير مقدرة بل ترك الحرية فيها لتقدير الحاكم بما يرى من مصلحة (وهو مايسمى بجرائم التعزير وعلى العموم فلم يترك الإسلام ناحية من نواحى الحياة إلا وتناولها بالتنظيم المحكم

المكى والمدنى من القرآن ومميزات كل منهما

للعلماء فى المكى والمدنى اصطلاحات أشهرها :

أن المكى : مانزل قبل الهجرة وفى سفر الهجرة قبل وصول النبى ﷺ إلى المدينة .

والمدنى : مانزل بعد الهجرة سواء نزل بالمدينة أم بمكة عام الفتح أو عام حجة الوداع — أم بسفر من الأسفار .

مميزات كل من المكى والمدنى .

لمعرفة المكى والمدنى طريقان : أحدهما سماعى والآخر قياسى فالسماعى ما وصل إلينا نزوله بأحدهما : وأما القياسى فقد استنبط العلماء ضوابط بها يعرف كل من المكى والمدنى وإليك بيانها :

أولا : آيات المكى ليس فيها شىء من التشريع التفصيلى كبيان الفرائض والحدود بل معظم ماجاء فيها يرجع إلى المقصد الأول من الدين من توحيد الله تعالى وإقامة البراهين على وجوده والإيمان باليوم الآخر والحث على مكارم الأخلاق التى بعث الرسول ﷺ ليكملها وضرب الأمثال بالأمم السابقة وما أصابها عند ما خالفت رسلها .

أما التشريع التفصيلى المقرر للأحكام المبين للفرائض والحدود فقد نزل بالمدينة .

ثانيا : آيات المكى غالباً قصيرة بخلاف الآيات المدنية وشاهد ذلك : سورة الأنفال مدنية وآياتها خمس وسبعون آية وسورة الشعراء مكية وآياتها سبع وعشرون ومئتا آية وكل منهما نصف جزء من القرآن .

وجزء قد سمع مدنى على خلاف فى (الصف والتغابن) وآياته سبع

وثلاثون ومائة آية ، وجزء عم مكى ، وآياته سبعون وخمسمائة آية.

ثالثاً : كل سورة أولها حرف تهج سوى البقرة وآل عمران أو فيها يا أيها الناس أو يابنى آدم فهى مكية .

أما المدنى فالغالب أن يكون الخطاب فيه (يا أيها الذين آمنوا) ولم يرد فى المدنى الخطاب بيا أيها الناس إلا فى سورة البقرة والنساء والحجرات ، أما سورة الحج فبعضها مكى وبعضها مدنى وقد ورد الخطاب فيها بياأيها الناس ويا أيها الذين آمنوا .

رابعاً : كل سورة فيها ذكر المنافقين — سوى العنكبوت — مدنية لأن المنافقين لم يكونوا بمكة .

خامساً : كل سورة فيها قسم بالله أو باليوم الآخر أو بالبعث أو بالقرآن و غير ذلك فهى مكية ، وقد جاء القسم بذلك ثلاثين مرة بمكة ولم يأت قسم فى السور المتفق على أنها مدنية وإنما جاء القسم مرة واحدة فى سورة التغابن وهى مختلف فيها كما سبق (زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا قل بلى وربى لتبعثن(١)) آية ٧ .

سادساً : كل سورة فيها سجدة أو كلمة كلا فهى مكية وقد لاحظ بعض المستشرقين ما لا حظه علماؤنا المتقدمون فى وسائل معرفة المكى والمدنى « إن نظرة عامة على الآيات التى تتعلق بأمور الدعوة إلى التوحيد مثلا مما تتجلى فيه القوة الفياضة فى القول لا بد وأن تجعلها سابقة على الآيات التى تتعلق بالأحكام مما يتجلى فيه الهدوء والارسال .

كما أن الأول يلزمه القصر بخلاف الثانى الذى يلائمه الطول (١).

---

(١) انظر تاريخ الفقه الإسلامى د . يوسف شلبى/٣٢ والاتقان فى علوم القرآن للسيوطى ١٠/٢ .

طريقة التشريع فى عهد الرسول عليه السلام :

كانت سلطة التشريع فى هذا العهد للرسول صلى الله عليه وسلم وحده وكان هو المصدر الوحيد الذى يرجع إلية — فى كل أمور التشريع — أو من ينيبه فى الأمصار المختلفة .

فكان إذا نزل بالمسلمين نازلة تقتضى بيان الحكم رجعوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم باعتباره المرجع الوحيد لهم .

وكان الرسول بدوره ينتظر الوحى (بنوعيه المتلو وهو القرآن وغيره وهو السنة) وكل من عند الله (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى) لبيان تلك المسألة فان نزل وحى كان بها وإلا اجتهد فى حكم الواقعة مستهديا بما نزل من أحكام ومستضيئاً بروح التشريع وأغراضه فان أصاب وجه الحق أقره الله عليه وإن أخطأ نبهه إلى الخطأ وأوحى إليه بوجه الصواب .

لأنه صلى الله عليه وسلم قد يخطىء(١) فى اجتهاده غير أنه لا يقر على خطئه لأن الله قد جعله قدوة فلا يمكن أن يتركه إذا وقع منه خطأ دون أن يوحى إليه بوجه الصواب لأن تركه كذلك يكون تمكينا للخطأ . وكان التشريع فى عهده صلى الله عليه وسلم واقعياً لانظريا حيث لم يقم على تخيل الحوادث أو افتراضها وإنما كان يسير مع الحوادث .

فكان إذا عرض للمسلمين أمر يقتضى بيان الحكم رجعوا فيه إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليحكم فيه بما يوحى إليه أو باجتهاده .

ولهذا نرى أن كثيراً من آيات الأحكام والسنة المتعلقة بالأحكام جاءت جوابا لسؤال أوردا على استفتاء أو قضاء ومنها القرآن .

١ — يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير .

---

(١) المراد : ترك الأولى

٢ — يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما .

٣ — ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو .

٤ — ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولاتقربوهن حتى يطهرن .

٥ — يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول .

السنة — ومن هذا القبيل كانت السنة النبوية .

١ — ومنهاما رواه مسلم وغيره عن جرير بن عبدالله قال : سألت رسول الله صلى الله علية وسلم عن نظر الفجأة فقال « اصرف بصرك » .

٢ — ومنها مارواه الجماعة عن ابن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أحب إلى الله قال الصلاة فى وقتها قلت ثم أى قال : بر الوالدين قلت ثم أى قال الجهاد فى سبيل الله حدثنى بهن ولو استزدته لزادنى .

٣ — وما رواه أبو هريرة قال : سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فان توضأنا به عطشنا أفنتوضأ بماء البحر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماؤه الحل ميتته .

مصادر التشريع فى هذا العصر :

الوحى بقسميه ـ هو المصدر الوحيد للتشريع فى هذا العصر — قرآناً أم سنة والقرآن هو ماكان لفظه ومعناه من عند الله تعالى أما السنة فمعناها من عند الله أما ما يتعلق بالألفاظ فهى من عند الرسول وكل وحى من الله تعالى .

القرآن . هو المصدر الأول للتشريع الاسلامى .

وقد أحاط بجميع الأصول والقواعد التى لابد منها فى كل قانون ونظام وجاءت فيه كل التشريعات التى يحتاج إليها البشر فالقرآن فيه بيان لكل شىء.

وهذا ما يشهد به قوله تعالى (ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء)

١ — فالقرآن تبيان لكل شىء من حيث إنه أحاط بجميع الأحوال ، والقواعد التى لابد منها فى كل قانون ونظام .

كوجوب العدل والشورى ورفع الحرج ودفع الضرر ورعاية الحقوق لأصحابها وأداء الأمانات إلى أهلها والرجوع إلى أهل الذكر .

٢ — وهو كذلك تبيان لكل شىء لأنه أحاط بأصول ما يلزم لحفظ المقاصد الخمسة — وهى الدين والنفس والنسل والعقل والمال تلك المقاصد التى لم تأت الشرائع إلا لخدمتها .

أما السنة : فهى المصدر الثانى للتشريع وقد جاءت مكملة للقرآن ومبينة له وشارحة ومفسرة كما يشهد لذلك قوله تعالى (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم) .

فالسنة هى أقوال الرسول وأفعاله وتقريراته — (فيما إذا رأى شخصاً يفعل فعلا باجتهاده ويصيب فيه فيقره على فعله بتحسينه أو بترك إنكاره)— وإليك بعض الأمثلة التى بينتها السنة :

١ — أمر الله سبحانه وتعالى بالصلاة بقوله تعالى (أقيموا الصلاة) ولم يبين لنا أوقات الصلاة أو عددها وعدد الركعات وكيف تؤدى فجاء النبى وبين كل هذه الأمور فصلى أمام الناس وقال (صلوا كما رأيتمونى أصلى) .

٢ — وكذلك الأمر فى الزكاة فطالب الله الناس بأداء الزكاة بقوله تعالى (وآتوا حقه يوم حصاده) وقوله (وآتوا الزكاة) ولم يبين الأموال أو الحبوب

أو الثمار التي يجب فيها الزكاة أو ما هو النصاب الواجب فجاءت السنة وبينت كل ذلك .

ثم نرى بعد ذلك أن السنة قد استقلت ببعض الأحكام التي لم نر لها وجوداً في القرآن الكريم كميراث الجدات وزكاة الفطر ورجم الزاني المحصن وحل ميتة البحر .

اجتهاد الرسول :

مسألة اجتهاده ﷺ احتدم فيها النزاع بين الأصوليين فمنهم من يجيزه ومنهم من يمنعه ولكننا نرى أن الرأي الذي يشهد له الدليل ويؤيده الواقع أن الرسول ﷺ — يجوز له الاجتهاد فيما ليس فيه نص من الوحي . وأنه اجتهد فعلا وقد يقع الخطأ في اجتهاده غير أنه لا يقر عليه .

ما الحكمة من اجتهاد الرسول :

الرسول ﷺ كان ينزل عليه الوحي فلم يكن في حاجة إلى بيان إذن ما السر في اجتهاده وإذنه لأصحابه في الاجتهاد .

١ — والسر في هذا أنه ﷺ أراد أن يعلم الناس الاجتهاد والاستنباط ويبين لهم كيفية أخذ الأحكام من الأدلة .

٢ — ولأن هذه الشريعة خاتمة الشرائع — فلا نبي بعد محمد عليه السلام ولا وحي ينزل من بعده — وقواعدها قد جاءت كلية لم تتعرض لتفاصيل أو جزئيات والنصوص فيها محدودة متناهية والحوادث متجددة .

فكان اجتهاده صلى الله عليه وسلم بيانا لمعالم الطريق التي يسير عليها العلماء من بعده لينهجوا نهجه ويستنبطوا الأحكام من مصادرها .

وبذلك يكون الفقه الإسلامي قادرا على مسايرة الزمن ولكن ما الحكمة في خطئه ﷺ في بعض مسائل الاجتهاد — وإن كان لا يقر عليه ...

١ — هو تشجيع للعلماء حتى لا يتهيبوا الفتوى ويخافون الاجتهاد خشية الوقوع فى الخطأ فهو فتح لباب الاجتهاد بأوسع معانيه وإن وقع الخطأ فى اجتهادهم فلقد أخطأ من هو أفضل منهم وهو صلى الله عليه وسلم ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى .

٢ — عدم تسرع الناس بالتنديد بالعلماء الذين يقع الخطأ فى اجتهاداتهم وقد أذن صلى الله عليه وسلم لأحد أصحابه أن يجتهد فى حضرته فلما تحرج الصحابى خوفا من الوقوع فى الخطأ قال له عليه السلام : إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر .

أمثلة من اجتهاد الرسول عليه الصلاة و السلام :

١ — من اجتهاداته عليه السلام التى استعمل فيها القياس أن امرأة جاءته وقالت يا رسول الله إن أمى ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها ؟ قال أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يجزى عنها ؟

٢ — إذنه صلى الله عليه وسلم للطائفة التى تخلفت عن غزوة تبوك ، وكان فيهم الصادق والكاذب لما ساقوه من أعذار فعاتب الله رسوله حيث لم يتحر صدق ولا كذب كل منهم حيث قال (عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين)

٣ — اجتهاده صلى الله عليه وسلم فى غزوة بدر حيث نزل فى مكان يبعد عن الحياض فقال له الحباب بن المنذر أهذا منزل أنزلكه الله فلا تعدل عنه ؟ أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟

قال الرسول : بل إنه الرأى والحرب والمكيدة .

قال الحباب : فإنى أرى أن ننزل على الماء ونأخذ الحياض ، فوافقه النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك ...

أمثلة من اجتهاد الصحابة :

لم يكن الاجتهاد وقفاً على الرسول وحده بل نراه مع ذلك يأذن لأصحابه بالاجتهادفى غيبته وحضرته وكان يقرهم عليه إن صابوا أو ينكره عليهم إن أخطأوا :

١ — فقد أذن الرسول عليه السلام لعمرو بن العاص بالقضاء فى خصومة فى حضرته فقال عمرو الرسول عليه السلام كيف أجتهد يارسول الله وأنت حاضر ؟ فقال عليه السلام : اجتهد ياعمرو فإن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر .

٢ — وما رواه الامام أحمد عن معاذ بن جبل : أن رسول الله ﷺ حين بعثه إلى اليمن قال له يامعاذ : كيف تصنع إن عرض عليك قضاء ؟ قال أقضى بما فى كتاب الله قال : فإن لم يكن فى كتاب الله قال بسنة رسول الله قال فان لم يكن فى سنة رسول الله قال أجتهد رأيى لا آلو قال : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدرى ثم قال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله . ولنا فى هذا المقام ملاحظتان :

الأولى : أن رسول صلى الله عليه وسلم قد اجتهد فيما لم ينزل فيه وحى وأذن لأصحابه بالاجتهاد وبذلك رسم الطريق للعلماء ليأخذوا أخذه من بعده حتى يكون الفقه الاسلامى قادراً على مسايرة الزمن .

الثانية : أن الفقة الاسلامى فى العصر النبوى كان مصدره الأساسى فى التشريع الكتاب والسنة وأن كل ما ثبت بالاجتهاد كان راجعاً إلى الوحى .

مميزات التشريع فى هذا العصر :

امتاز التشريع فى هذا العصر عن بقية عصور التشريع بخصائص أهمها :

أولا : أن الشريعة قد اكتملت من حيث النصوص والقواعد والأصول

بنزول آية « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا » ، ووفاته صلى الله عليه وسلم حيث انقطع الوحى وانتهى التشريع حينذاك ولم يبق بعد ذلك إلا الاجتهاد .

ثانياً : أن سلطة التشريع فى هذا العصر كانت للرسول وحده أما ما صدر من اجتهادات لبعض أصحابه فلا تعتبر تشريعاً إلا إذا أقرها الرسول عليه السلام مستلهماً ذلك الوحى بقسميه (القرآن والسنة) وكان نتيجة لذلك أنه لم يقع خلاف فى المسألة الواحدة .

ثالثاً : بأن الفقه فى هذا العصر كان واقعيا لا نظريا بمعنى أن الناس كانوا يبحثون عن أحكام المسائل التى تقع فقط ولم تكن الحوادث تفترض أو تتخيل ...

رابعاً : كان من نتيجة ذلك أن الفقه الإسلامى نشأ متتابعاً (لا جملة واحدة) حسب الوقائع والنوازل .

خامساً : أنه ﷺ لم يترك لأصحابه فقهاً مدوناً أو مكتوبا وإنما الذى تركه هو جملة من القواعد الكلية والأصول والأحكام متفرقة فى القرآن والسنة بعد أن نبه عقولهم إلى علل الأحكام وأسرار التشريع وعلمهم طريقة الاستنباط على وجه يحقق المصلحة للناس .

الدور الثاني

عصر الصحابة والتابعين

بدأ هذا الدور من وفاة الرسول عليه السلام سنة إحدى عشرة من الهجرة إلى سقوط الدولة الأموية سنة ١٣٢ هـ، وهذا الدور يشمل مرحلتين متمايزتين في بعض الخصائص والسمات التشريعية.

أما المرحلة الأولى فهي عصر الخلفاء الراشدين وتبدأ المرحلة الثانية ساعة تولي الأمويين أمور المسلمين إلى نهاية ذلك الدور.

المرحلة الأولى من الدور الثاني

عصر الخلفاء الراشدين

كان الرسول ﷺ في حياته هو المرجع الأعلى للتشريع فكانت تعرض عليه القضايا فيقضي فيها أو يسأل فيجيب ويستفتى فيفتي معتمداً في كل ذلك على الوحي فلما لحق ﷺ بالرفيق الأعلى ترك أصحابه من خلفه الذين عاصروه وشاهدوا أفعاله والذين مرنوا على طريقة الفهم والاستنباط وترك فيهم القرآن والسنة بما يشتملان عليه من قواعد وأصول صالحة للبناء والتفريع وتشريعات جزئية صالحة للتنظير والقياس.

بدء تطور الفقه : بعد وفاة الرسول امتد سلطان الإسلام إلى ما وراء حدود الجزيرة ففتح الشام والعراق ومصر وفارس، وكان لهذه البلاد عادات وأعراف لم تكن معهودة لدى العرب فواجه المسلمون بهذا الفتح مسائل في كل شأن من شئون الحياة تحتاج إلى تشريع لم يكونوا يحتاجون إليه في جزيرة العرب.

ثم هذه الحروب المتوالية والفتوحات الجديدة كانت تتطلب وضع قواعد لحقوق المحاربين وأنظمة للشعوب المفتوحة إلى غير ذلك من الشئون الداخلية والخارجية .

لذلك كانت الحاجة ماسة إلى تعقيد ذلك كله وتنظيمه فبدأ الفقه حينئذ وأخذ يتطور ويخطو خطواته الأولى بعد وفاة الرسول مباشرة .

طريقة التشريع فى عصر الخلفاء الراشدين : انتقل سلطان الفقه والفتوى والقضاء — بعد وفاة الرسول — إلى الخلفاء الراشدين ، فكان إذا عرضت لهم حادثة أو نزل بهم أمر بحثوا عن الحكم فى كتاب الله فإن وجدوه أمضوه وإن لم يجدوه بحثوا عنه فى سنة رسول الله وسألوا الناس هل فيهم من يحفظ فى هذا الأمر حديثا أو قضاء عن رسول الله ؟ فإن وجدوه وأمضوه وإلا اجتهدوا فى تعريف حكمه .

وكان اجتهادهم رضوان الله عليهم فى المسائل التى لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة قد يؤدى إلى الإجماع على حكم وقد يختلفون ولا ينتهون إلى رأى واحد ومن هنا نعلم أن مصادر التشريع فى عصر الخلفاء الراشدين هى الكتاب — السنة — الإجماع — الرأى .

مسلك الصحابة فى مصادر التشريع

القرآن : أما القرآن فهو كلام الله الذى أنزل على الرسول عليه السلام والمنقول إلينا بطريق التواتر الذى لا مجال للشك فيه .

لذا كان هو المرجع الأول الذى يجب الرجوع إليه ويجب على المسلمين العمل بما جاء به والأخذ بما دل عليه من أحكام متى كانت دلالته عليها ظاهرة بينة ليس فيها خفاء .

وقد تكون دلالته على الأحكام غير ظاهرة لسبب من الأسباب كالاشتراك فى لفظه أو التخصيص فى عامه أو التقييد فى مطلقه . الأمر الذى أدى إلى وجود الخلاف بين الصحابة نتيجة اختلافهم فى فهمهم للخفاء المذكور

أضف إلى ذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم ليسوا على درجة واحدة فى أدوات الفهم فقد كانوا يتفاوتون فى العلم بلغتهم فنهم من كان واسع الاطلاع فيها ومنهم من هو دون ذلك ومنهم من لازم الرسول فعرف أسباب النزول ما لم يتيسر لغيره فضلا عن تفاوتهم فى العقلية والدرجة العلمية .

السنة :

أما السنة فهى المصدر الثانى للتشريع : ويجب العمل بها متى صحت وثبتت عن رسول الله لكن السنة منها المتواتر وهو قليل ومنها غير المتواتر وهو كثير فهى على عكس القرآن فقد ثبت جميعه بطريق التواتر .

كما أن رواتها منهم الموثوق به ومنهم غير الموثوق به ومن هنا تشدد أبو بكر وعمر فى رواية الحديث والإكثار منه مخافة الوقوع فى الكذب فكانا لا يقبلان من الأحاديث إلا ما شهد به اثنان أنهما سمعاه من رسول الله ﷺ وكان على بن أبى طالب يستحلف الراوى على صدق روايته .

الإجماع :

كان إجماع المجتهدين فى ذلك العصر أمراً ميسوراً لأن جميع الصحابة وخاصة المجتهدين منهم كانوا فى المدينة وسيدنا عمر رضى الله عنه كان لا يسمح لأحد منهم بمغادرة المدينة إلى الأمصار الأخرى المفتوحة إلا عند الضرورة القصوى فكان من السهل جداً اجتماع أهل الفتوى وإصدار حكم جماعى فى المسألة . ولم يكثر تفرق الصحابة فى الأمصار إلا فى زمن عثمان .

الرأى :

كان الرأى فى هذا العصر أوسع مدلولا فكان يشمل القياس والاستحسان وسد الذرائع ومن هنا فقد عرفه ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات .

وكان الرأى فى هذا العصر تقوم عليه أكثر مسائل الفقه :

الحاجة إلى استعمال الرأى :

نحن نعلم أن نصوص الكتاب والسنة محدودة والنوازل متجددة متكاثرة لا تقف عند حد فكان لا بد والحالة هذه من استعمال الصحابة للرأى لمواجهة هذه النوازل وسد حاجة الناس فى التشريع لتلك الأمور المتجددة .

وأول ما كان من ذلك مسألة الخلافة ومسألة الردة :

مسألة الخلافة

فمسألة الخلافة لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة فكان لا بد حينئذ من استعمال الرأى وقد كان .

فحينما كان رسول الله ﷺ على سرير الموت انشغل الناس فيمن يخلفه فاجتمع الأنصار والمهاجرون فى سقيفة بنى ساعدة ليقرروا من هو الأجدر بالخلافة ودار حوار بين المهاجرين والأنصار وانتهى الأمر بإسناد الخلافة لأبى بكر رضى الله عنه .

مسألة الردة :

واجه أبو بكر رضى الله عنه أول ما واجه حين توليه الخلافة امتناع بعض الناس عن أداء الزكاة مع إقرارهم بالإسلام فماذا يصنع والحالة هذه

وخصوصاً أنه لم تحدث مثل هذه الأمور فى عهده صلى الله عليه وسلم حتى يستقضاء بها .

فكان لا بد من اللجوء إلى الرأى .

فقال عمر لا تقاتلهم لأن الرسول يقول : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها فقال أبو بكر : ألم يقل بحقها؟ فمن حقها إيتاء الزكاة كما أن من حقها إقامة الصلاة

محاولة تنظيم الرأى

لقدكان أبو بكر وعمر رضوان الله عليهما إذا لم يجدا نصاً من كتاب أو سنة جمعا رءوس الناس وخيارهم لمشورتهم فإذا اجتمعوا على أمر قضيا به . فكانت تلك محاولة منهما لتنظيم الرأى .

أشهر القائلين بالرأى

اشتهر كثير من الصحابة بالعمل بالرأى فى فتاواهم كأبى بكر وعمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وكان أبرزهم فى هذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه. فكان أكثر الناس إعمالا للرأى ولم يتمسك بحرفية النص بل كان يفهم سره وروحه .

ولذا حرم المؤلفة قلوبهم ما كانوا يستحقونه بنص الكتاب لزوال مقتضى الاستحقاق فإن الله أعز الإسلام وأغناه عنهم .

ولم يقطع يد السارق عام المجاعه لشبهة الاضطرار

وحرم المعتدة تحريما مؤبداً على من تزوجها فى العدة لأن من تعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه

وأشهر من التزم طريقة عمر رضى الله عنه هو عبدالله بن مسعود فلقد سار على هذا المنهج وعمل به

التوفيق بين ذم الرأى والعمـــل به :

كيف توفق بين استعمال الصحابة للرأى وبين مانقل عن بعضهم من ذم الرأى والتحذير منه من ذلك قول أبى بكر : أى أرض تقلنى وأى سماء تظلنى إن قلت فى آية من كتاب الله برأيى وقول عمر : اتقوا الرأى فى دينكم وقوله : إياك والرأى فإن أصحاب الرأى أعداء السنن .

والجواب : أنه لاتعارض فى الحقيقة بين استعمالهم للرأى وما نقل عنهم من ذمه والتحذير منه فإن الرأى نوعان صحيح وباطل فالصحيح ماقام على النظر الصحيح والفهم لمقاصد الشريعة وهذا ماعمل الصحابة بمقتضاه ، والباطل هو الرأى المجرد عن الدليل والقائم على الهوى والضلال وهذا هو الرأى المذموم الذى حاربه الصحابة .

أمثلة مما اختلف فيه الصحابة :

١ — اختلفت الصحابة فى عدة ـ ذوات الحيض ـ المطلقة ـ فقال أبو بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة أن عدتها ثلاث حيضات وقالت عائشة وزيد ابن ثابت تعتد بثلاثة أطهار وسبب هذا الخلاف أن لفظ القرء فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » مشترك بين الحيض والطهر فحمله كل فريق على المعنى الذى اختاره لما ظهر له من القرآن .

٢ — اختلفت الصحابة فى توريث الإخوة مع الجد فقال أبو بكر وابن عباس إن الجد كالأب يحجب الإخـــوة أياً كانوا من الميراث لأن القرآن أطلق عليه لفظ الأب فى قوله تعالى : « واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحق ويعقوب » ، وذهب على وزيد بن ثابت ووافقهما عمر إلى أن الأخوة لأب يرثون مع الجد نظراً لتساويهما فى درجة القرابة فإن كلا منهما يدلى إلى الميت بالأب

٣ — واختلفوا كذلك فى عدة الحامل المتوفى عنها زوجها فقال عمر وابن مسعود عدتها وضع الحمل ، وقال على وابن عباس : تعتد بأبعد الأجلين

وضع الحمل أو عدة الوفاة أيهما أكثر وسبب الخلاف تعارض نصين في القرآن من حيث الظاهر فقد قال الله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فجعل عدة المطلقة الحامل وضع الحمل ، وقال « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فجعل عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من غير تفصيل .

فذهب ابن مسعود إلى أن آية « والذين يتوفون منكم » خاصة بغير الحامل لتأخر آية « وأولات الأحمال » عنها في النزول .

وقال علي وابن عباس إنه يجب العمل بالآيتين معاً : فتكون كل آية منهما مخصصة لعموم الأخرى .

أسباب اختلاف الصحابة :

يرجع اختلاف الصحابة إلى أسباب هي :

١ — اختلافهم في فهم القرآن : وقد يكون هذا الاختلاف بسبب احتمال اللفظ لمعنيين كما في لفظ القرء المتقدم في الآية أو بسبب احتمال الحقيقة والمجاز كما في إطلاق لفظ الأب على الجد كما في قوله تعالى « واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحق ويعقوب » ، أو بسبب إلمام بعض الصحابة بأسباب النزول ومعرفة الغريب من اللغة على عكس البعض الآخر .

٢ — اختلافهم في السنة : ويرجع هذا إلى عدة أمور :

(ا) اختلافهم في العلم بالسنة فقد ظل الرسول ثلاثاً وعشرين سنة يحدث ويعمل ويرى أفعالا يقرها أو ينكرها ومن الصحابة من سارع إلى الدخول في الإسلام ومنهم من تأخر إسلامه الأمر الذي يؤدي إلى اختلافهم في العلم بالسنة وبدوره يؤدي إلى اختلاف الأحكام .

(ب) تفاوتهم في العلم بالناسخ والمنسوخ : فقد يعلم الصحابي الحديث المنسوخ دون الناسخ فيفتي بالمنسوخ لجهله بالناسخ بينما يعلم الآخر بالناسخ

فيفتى به كحديث تطبيق اليدين فى الركوع فقد أخذ به ابن مسعود ولم يطلع على أنه منسوخ .

(ح)اختلافهم فى الثقة بالرواة : فقد يكون الراوى للحديث موثوقا به عند طائفة فيؤخذ بحديثه وغير موثوق به عند آخرين فيرد حديثه

٣ — اختلافهم فى الرأى: نحن ندرك أن الرأى يختلف باختلاف الأزمنة كما يختلف نظراً لتفاوت الناس فى أفوالهم وقوة إدراكهم .

قلة اختـــلاف الصحابة وأسبابها :

كان الاختلاف بين الصحابة محصوراً فى حدود ضيقة وذلك للأسباب الآتية :

١ — تقرير مبدأ الشورى بينهم فإنه كان يؤدى غالباً إلى القضاء على الخلاف .

٢ — تيسر الإجماع لاجتماع كبار الصحابة والمفتين فى مكان واحد وهو المدينة .

٣ — تورعهم عن الفتوى وإحالة بعضهم على بعض .

٤ — قلة النوازل لما جد فيما بعد .

٥ — قلة رواية الحديث: فإن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يحذرون من الإكثار فى الرواية خوف الكذب على رسول الله ﷺ فكان أبو بكر لا يقبل حديثاً من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه ، وكان عمر لا يقبل هو الآخر إلا إذا جاءه الراوى ببينة على أنه سمعه من الرسول ، وكان على يحلف الراوى على أنه سمع الحديث من رسول الله .

ملاحظات على التشريع فى هذا العصر :

ويلاحظ على التشريع فى هذا العصر ما يأتى :

١ — أنه كان واقعيا يتبع الحوادث أى لم يكن قائماً على الفرض والتخيل

٢ — أن المسائل الخلافية كانت قليلة نظراً لما ذكرناه من أسباب .

٣ — أنه فى هذا العصر وجدت اجتهادات تبعاً للمصلحة غيرت بعض الأحكام خصوصاً فى عهد عمر كإسقاط سهم المؤلفة قلوبهم .

٤ — أن الصحابة لم يتركوا فقها مدونا يرجع إليه بل تركوا أحكاماً وفتاوى محفوظة فى الصدور .

٥ — أن الصحابة لم يكونوا على درجة واحدة فى استعمال الرأى فكان منهم من يتحرج فى الأخذ به خوف الكذب والخطأ فى دين الله وكان من هذه الطائفة ابن عمر وزيد بن ثابت .

المرحلة الثانية من هذا الدور

وتبدأ هذه المرحلة عقب الخلفاء الراشدين أى عام ٤٠ هـ وتنتهى بسقوط دولة بنى أمية أى فى نهاية الثلث الأول من القرن الثانى الهجرى .

انتهت مرحلة الخلفاء الراشدين وشهد العالم الإسلامى فى هذه الفترة هدوءاً واستقراراً فكانت مرحلة فتوحات وانتصارات ولم تكن هناك خلافات فى وجهات النظر وظل الحال كذلك حتى مقتل عثمان رضى الله عنه فتغير الحال وكثرت الفتن والاضطرابات وانقسم العالم الاسلامى إلى فرق يذيق بعضها بأس بعض الأمر الذى أثر تأثيرا كبيرا فى سير الحياة التشريعية فى هذه الفترة فقد ظهرت بعض التغيرات السياسية وغير السياسية ونتج عن ذلك أن تأثرت الحياة التشريعية للمسلمين وتأثر تبعاً لذلك سير الفقه الإسلامى وهذه هى الأسباب التى أثرت فى الحياة التشريعية :

١ — انقسام المسلمين بسبب اختلافهم فى الخلافة ومن الأجدر بها إلى شيعة وخوارج وجمهور .

٢ — انصراف الأمويين إلى السياسة وابتعادهم عن سيرة السلف الصالح .

٣ — تفرق علماء المسلمين فى الأمصار المختلفة فى زمن عثمان وما بعده .

٤ — شيوع رواية الحديث لما دعت الحاجة إلى ذلك وتبع ذلك ظهور الوضاعين للحديث .

٥ — انقسام الجمهور المعتدل إلى فريقين فريق يرى الوقوف عند النصوص وهم أهل الحجاز والثاني يرى استعمال الرأى وهم أهل العراق .

ونفصل القول فى ذلك فنقول :

١ — انقسام المسلمين

انقضى الشطر الأكبر من عصر الخلفاء وأمر المسلمين متحد وكلمتهم سواء حتى مقتل عثمان بن عفان إذ كانت الفتنة الكبرى بقيام عدد من الصحابة يطالبون بالخلافة لعلى بن أبى طالب وما كادت تسند إليه ، حتى نازعه فيها الزبير بن العوام وطلحة بن عبدالله ومعاوية بن أبى سفيان . وكان هؤلاء الثلاثة يرون أنهم أحق بالخلافة وأجدر بها وأقدر على استئصال الفتن وخصوصا أن عليا لم يأخذ بحق عثمان ولم يحاسب الذين قاتلوه وكان قادراً على ذلك وقد انتهى الأمر بقتل الزبير وطلحة فى موقعة الجمل وظل النزاع قائما مع معاوية حتى إذا كانت موقعة صفين بينهما ولاح النصر فيها لعلى لجأ معاوية إلى خدعته المعروفة لتلافى الهزيمة وهى رفع المصاحف على رؤوس الرماح وطلب الاحتكام إلى كتاب الله فيمن هو أحق بالخلافة وهنا دب الخلاف فى صفوف على فطائفة ترى أن هذه خدعة لا يجب الاستماع إليها والاستمرار فى القتال وآخرون رأوا الاستجابة لمبدأ التحكيم وارتضى على فكرة هذه الطائفة حفاظا على وحدة جيشه وهذا التصرف أغضب الفريق الآخر وخرجوا عليه وعدوه خائنا لمسألة الخلافة ومن هنا سمى هؤلاء بالخوارج لأنهم خرجوا على على ولم يرضوا بالتحكيم .

وأما الذين اتبعوه فقد سموا بالشيعة لأنهم شايعوه ونصروه واتبعوه هو وآله من بعده ، وكان بين هؤلاء جمهور المسلمين الذين سلموا من الخروج

والتشيع وكان لكل فريق من هؤلاء مبادىء ينفرد بها عن غيره مما كان له أثره على الفقه .

مبادىء الخوارج

١ — رفض الخوارج مصادر فقهية بجماعاتها وقد أنكروا بعض الأحكام كرجم الزانى المحصن وحرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقد كانت هذه الأحكام محل إجماع المسلمين .

٢ — وجوب الخروج على الحاكم الجائر ومحاربة المنكر والفساد (من غير نظر إلى اعتبار آخر)

٣ — أن الخلافة تكون بانتخاب حر من المسلمين ولا يهم أن يكون الخليفة قرشياً أو عربيا ما دام ذلك بالانتخاب الحر من المسلمين ، وإذا اختير شخص وجب قبوله للخلافة وليس له أن يتنازل عنها ، وإذا انحرف وجب عزله وإلا قتل .

مبادىء الشيعة :

وهم الذين شايعوا علياً ودانوا له بالولاء فى حياته ولآله من بعده . وهم يقولون بوجوب الخلافة لعلى ولآله من بعده لأن النبى صلى الله عليه وسلم أوصى له بها ومن نازع فى ذلك يعد عاصيا .

١ — أنهم لا يقولون بالإجماع كمصدر من مصادر التشريع لأنه يلزم من الاعتراف بالإجماع الاعتراف بأقوال غيرهم وهم يرفضون هذا .

وأنهم لا يقولون بالرأى لأن الدين لا يؤخذ بالرأى غير أن بعضهم عمل بالرأى لما احتاج لمعالجة بعض المسائل التى لم يرد فيها نص .

٢ — أنهم ردوا جميع الأحاديث والفروع والأصول والأحكام الواردة من غيرهم مهما ثبت صحتها .

وقد انقسم الشيعة إلى فرق أشهرها الزيدية والاسماعيلية والكسانية والإمامية الإثنا عشرية .

وأقرب هذه المذاهب اعتدالا إلى أهل السنة هم الزيدية .

بعض الأحكام التي وقع فيها خلاف بين الشيعة وأهل السنة .

١ — نكاح الكتابية يجوز عند أهل السنة ، لا يجوز عند الشيعة .

٢ — النساء ترث من المنقول والعقار عند أهل السنة ، الشيعة يرثون المنقول فقط .

٣ — نكاح المتعة حرام عند أهل السنة ، مباح عند الشيعة .

مدى الخلاف بين أهل السنة والشيعة :

إنه لم يكن هناك في الحقيقة خلاف في العقيدة الدينية وإنما كان أساس الخلاف هو من ناحية الحكومة والامامة ووجهات النظر السياسية وقد أدى هذا الخلاف بدوره إلى اختلافهم في كثير من الفروع الفقهية التي ترجع إلى هذه الأحكام وكان مذهب الشيعة قريبا من المذاهب الاسلامية الأخرى .

٢ — انصراف الأمويين إلى السياسة :

لم يكن الأمويون كأسلافهم في الاهتمام بالأمور الدينية والاجتماعية والتشريعية ولم يحرصوا كذلك على الأمور الدينية كحرصهم على أمور الدولة السياسية وما يتصل بتوسيع رقعتها وحفظ كيانها ولم يقتصر الأمويون على هذا فحسب بل أحدثوا في الدين ماليس منه فجعلوا الملك وراثيا وسار ولاتهم وحاشيتهم على هذا النهج وأخذوا يفتون في الدين حسب مذاهبهم وأغراضهم الشخصية وما يلائم أهدافهم السياسية .

وكانت هذه التصرفات من الأمويين محل نقد شديد من العلماء كسعيد ابن المسيب وأضرابه فأخذ هؤلاء العلماء يناصبونهم العداء ويدعون الناس إلى عدم مبايعتهم مما أثار حفيظة الحكام على العلماء فاضطهدوهم وعاملوهم

معاملة قاسية وتسبب هذا فى هجر العلماء للحياة العامة ولزموا المدينة ينتقدون الحكام ويعلمون الناس السنة وينشرون العلم ، ومن هذا الوقت اتجه العلماء إلى تأسيس الفقه بوصفه علماً مستقلا .

٣ ـ تفرق العلماء فى الأمصار :

امتاز عمر رضى الله عنه فى عهده بأنه كان يتمسك بالعلماء داخل المدينة ويمنعهم من الهجرة عنها وقد أدى هذا الأمر إلى قلة الاختلاف فى الفتوى واستمر هذا الأمر حتى مقتل عثمان بن عفان فتفرق الصحابة فى سائر الأمصار الاسلامية ولاة وقضاة وجندا ، وأقبل الناس عليهم ينهلون من معارفهم .

وبالطبع فإن الصحابة رضوان الله عليهم لم يكونوا على درجة واحدة فى الفتوى لأنه ليس كل ما يحيط به أحدهم يعلمه الآخر وكان لكل مصر من الامصار التى نزلوا بها من الأعراف والعادات والتقاليد والنظم الاجتماعية والاقتصادية ما يختلف عن الآخر تبعاً لاختلاف الثقافة والحضارة وكان من أثر هذا أن تشعبت الآراء واختلف القضاء والفتيا فى المسألة الواحدة حيث إن الفقيه كان يتأثر فى فتواه بالبيئة التى يعيش فيها . وكان الاختلاف فى القضاء سببا فى محاولة العباسيين فيما بعد أخذ الناس برأى واحد معين وإلزامهم به كما فى محاولة أبى جعفر المنصور مع الامام مالك إلا أن هذه الأمنية لم تتم لخوف الفقهاء أن يقلدهم الناس وهم الذين يقدسون حرية الرأى ويحرصون عليها الحرص كله :

٤ ـ شيوع رواية الحديث :

كره أبو بكر وعمر رضى الله عنهما كثرة الرواية عن رسول الله ﷺ خوف الكذب على رسول الله لئلا يصرفهم ذلك عن الاشتغال بالقرآن غير أنه لما امتد سلطان الإسلام إلى ما وراء شبه الجزيرة العربية وتفرق الصحابة فى سائر الامصار وأخذوا يحدثون ويفتون بما عندهم من سنة

رسول الله إذ هي أوسع مصادر الفقه وأهمها لاحتوائها على كثير من الأحكام الجزئية ولم يكن الصحابة رضوان الله عليهم على درجة واحدة بالنسبة للتحديث عن رسول الله لاختلافهم في درجة الحفظ قلة وكثرة وكان من أثر تفرق واختلافهم في العلم بالسنة أن بعض الأمصار كان يعرف من الحديث ما لا يعرفه الآخر وتبع هذا الاختلاف في الفتوى والقضاء .

وضع الحديث :

وقد لقيت السنة في هذا العصر بعض التجريح إذ قامت شرذمة من أعداء الإسلام بوضع أحاديث وينسبونها للرسول ﷺ وهو منها براء .

وكان لهذا الوضع عدة أسباب نلخصها فيما يأتي :

١ — العداوة الدينية . عمد بعض اليهود والفرس والروم على إفساد أمر المسلمين وبلبلة أفكارهم فوضعوا أحاديث في تحريم الحلال وتحليل الحرام .

٢ — التعصب المذهبي : فقد كان لتمسك بعض الفرق الإسلامية بمبادئهم أن وضعوا أحاديث تشهد بصحتها ، وكان هذا واضحا في الميدان السياسي حيث كان النزاع حاداً بين الأمويين والخوارج والشيعة .

٣ — مغالاة بعض الطوائف في رد ما عدا الكتاب والسنة مما دعا بعض الوضاعين إلى أن يعمد الى كلام الصحابة وغيرهم من الحكماء وينسبها إلى الرسول .

٤ — تساهل بعض الناس في بابي الفضائل والترغيب مما لا يتعلق به حكم شرعي فقد روى عن نوح بن أبي مريم أنه وضع أحاديث في فضائل القرآن سورة سورة فلما سئل عن ذلك قال لما رأيت اشتغال الناس بالفقه وإعراضهم عن حفظ القرآن وضعت الأحاديث حسبة لله تعالى .

مقاومة العلماء للوضاعين :

لما أخذت ظاهرة الوضع تبدو في الأفق أدرك العلماء ما لهذا من أثر على الدين فنهضوا لمناوءته وتعقب أهله والتنقيب عن الأحاديث الزائفة ووضعوا شروطاً لقبول الأحاديث بحيث لا يمكن مع تلك الشروط قبول شيء من الأحاديث الموضوعة ، ومن هذا الوقت ظهر علم الجرح والتعديل.

أثر الوضع في التشريع :

أصبحت مهمة الفقهاء عسيرة شاقة بعد وضع الأحاديث إذ اشتغل الفقهاء بالنظر في الحديث متناً وإسناداً ليعرف منزلته من الصحة والضعف بعد أن كان الأمر مقصوراً على معنى الحديث فقط .

قيام المدارس الفقهية

المقصود من المدارس الفقهية

هي تلك الطرق أو الاتجاهات التي سلكها الفقهاء في استنباط الأحكام من الاعتماد على السنة أو الرأي قلة وكثرة .

عوامل تكوين المدارس :

كان الصحابة رضوان الله عليهم إذا عرض عليهم أمر يتلمسون حكمه في كتاب الله وفإن لم يجدوا فيه شيئاً رجعوا إلى سنة رسول الله فإن لم يجدوا شيئاً أعملوا رأيهم . ولم يكن المفتون في هذا العصر على درجة واحدة في استعمال الرأي أو النصوص بل كانوا طرائق قدداً فمنهم من كان يتوسع في الرأي ومنهم من كان يتوسع في النصوص .

فلما اتسعت الفتوحات الإسلامية ، وانتشر الصحابة في سائر الأمصار التف حولهم طلاب العلم من أهل تلك البلاد فأخذوا عن الصحابة كل ما ورثوه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت تتكون من هذا الوقت

مدارس فى البلاد المختلفة من الفقهاء والتابعين إلا أنه كان لكل مدرسة من هذه المدارس طابع خاص ولكن الواقع أن هذه المدارس جميعها تنقسم من حيث الطابع العام إلى قسمين :

١ — مدرسة الحديث وطابعها الوقوف عند النصوص والتمسك بالآثار.

٢ — ومدرسة الرأى وطابعها التوسع فى الرأى وتعرف المصالح وعلل الأحكام وكانت أهم هذه المدارس مدرسة الحجاز (النصوص) ومدرسة العراق (الرأى) .

مدرسة الحجاز (الحديث)

كانت المدينة فى هذا الوقت هى المحور الذى تدور حوله الحركة العلمية إذ هى البلد الذى نزل فيه التشريع واستوطنه الرسول وعاش فيه الخلفاء الراشدون فأصبحت مأوى الفقهاء ومجمع العلماء فكانت مركز الإشعاع فى العالم الإسلامى وبعث النهضة الفقهية العظيمة التى قدر لها أن تزدهر وتبلغ النضج والكمال فى العصر العباسى .

طابع هذه المدرسة :

كان الطابع الغالب على فقهاء هذه المدرسة هو الوقوف عند النصوص والآثار لا يحيدون عنها ولا يلجأون إلى الرأى إلا عند الضرورة القصوى .

فكانوا إذا عرض عليهم أمر يلتمسون حكمه عرضوه على كتاب الله ثم سنة رسول الله ثم آثار الصحابة فإن لم يجدوا الحكم فى شىء من ذلك أعملوا رأيهم وربما توقفوا عن الافتاء إذا لم يكن فى المسألة نص أو أثر .

ومن أجل هذا تساهلوا فى شروط قبول الحديث فاعتدوا بالأحاديث والآثار ولو لم تكن مشهورة وقدموها على الرأى وأيضاً فإنهم كانوا يكرهون السؤال عن المسائل الفرضية التى لم تقع لأن ذلك قد يضطرهم إلى إعمال الرأى الذى يكرهونه .

أسباب وقوف هذه المدرسة عند النصوص والآثار :

١ — كثرة مابيدهم من أحاديث الرسول وآثار الصحابة : لأن المدينة هى البلد الذى عاش فيه الرسول ﷺ والخليفة فكانت موطن الحديث ونبع السنة ومجمع الفقهاء وقد جمع إمام هذه المدرسة سعيد بن المسيب هو وأصحابه أحاديث الرسول ﷺ وما أثر عن الصحابة فرأوا بعد هذا أنهم فى غنية عن استعمال الرأى .

٢ — قلة مايعرض لهم من الحوادث : فبيئة الحجاز لم تتغير كثيراً عما كان عليه الأمر فى عهد الرسول ﷺ ولم تدخله المدينة التى تولد المشاكل التى تحتاج إلى تشريع .

٣ — تأثرهم بطريقة شيوخهم : كزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس إذ كان هؤلاء يتمسكون بالأحاديث والآثار ويخافون من استعمال الرأى تورعاً واحتياطاً لدينهم :

آثار هذه المدرسة :

١ — إن لمدرسة المدينة أكبر الفضل فى جمع السنة وحفظها وفى تأسيس الفقه ورسم مناهجه .

٢ — ولقدكان لهذه المدرسة شهرة عظيمة فى جميع البلاد الاسلامية ولهذا لفتت أنظار العلماء إليها عن سائر الأمصار واستهوت قلوبهم فى الرحلة إليها فذهبوا إليها يطلبون العلم ورجعوا منها ينشرونه فى بلادهم .

مدرسة العراق (الرأى) :

كانت مدرسة الكوفة فى العراق تعاصر مدرسة المدينة بالحجاز وقد كان العراق أسعد الأقطار حظا — بعد المدينة — بالصحابة فقد كانت الكوفة والبصرة قاعدة الجيوش الإسلامية ومنهما فتحت سائر الأمصار من خراسان فما وراءها ونزل بهما أكثر علماء الصحابة وكانت الكوفة

مقر الخلافة زمن على بن أبى طالب وكان فيها قبله كثير من الصحابة قضاة أو ولاة.

طابع هذه المدرسة :

كان للطابع العام الذى يغلب على فقهاء هذه المدرسة أن أحكام الشرع معقولة المعنى مشتملة على مصالح العباد وأنها بنيت على أصول محكمة وعلل ضابطة لتلك الحكم .

وكانوا يبحثون عن تلك العلل والحكم التى شرعت الأحكام لأجلها ويجعلون الحكم دائراً معها وجوداً وعدماً ، وكان يعينهم على هذا ما عندهم من الفطانة وسرعة انتقال الذهن من شىء إلى شىء يقدرون به على تخريج أجوبة المسائل على أقوال أصحابهم وأضف إلى كل هذا أن الآثار والأحاديث كانت عندهم قليلة ومن أجل هذا كله شاع استعمال الرأى فى العراق .

أسباب شيوع الرأى فى العراق :

١ — تأثرهم بطريقة أستاذهم الأول عبد الله بن مسعود وهو من حزب عمر فى الأخذ بالرأى والتوسع فيه .

٢ — قلة رواية الحديث فى العراق لأنه كان موطن الشيعة والخوارج والفتن وقد كثر فيه وضع الحديث والكذب على رسول الله ﷺ مما جعل العلماء يشترطون فى قبول الحديث شروطاً لا يسلم بها إلا القليل .

٣ — تأثر العراق بالمدنية الفارسية واليونانية إلى درجة كبيرة والمدنية تضع تحت عين المشرع مسائل كثيرة تحتاج إلى التشريع فإذا انضم كل هذا إلى قلة ماصح عندهم من الحديث أنتج لا محالة إعمال الرأى .

آثار هذه المدرســـة :

قامت هذه المدرسة بعمل فقهى لا يقل أهمية عما قامت به مدرسة المدينة

١ — فقد جمع فقهاء الكوفة فتاوى ابن مسعود وقضايا على وفتاواه وفقه الصحابة الذين استوطنوا العراق وآثارهم .

٢ — خرجوا على كل هذا أحكام الحوادث التى حدثت لهم وطرقوا الكثير من أبواب الفقه فتجمعت لهم مسائل فقهية فى كل باب وأكثروا من التفريعات حتى الخيالى منها .

٣ — وكانوا لا يتهيبون الفتيا ولا يكرهون المسائل وإنما كانوا يتهيبون رواية الحديث والرفع إلى رسول الله ﷺ .

فكان ابن مسعود إذا حدث عن رسول الله ﷺ اربد وجهه واعترته رعدة وكان يقول بعد أن يروى الحديث — هكذا أو نحوه .

ولنا هنا ملاحظة أنه ينبغى أن يعلم أن مدرسة الحديث لم ترفض العمل بالرأى إطلاقا بل كل ما هنالك أنها رفضت التوسع فيه ، فقد كان من بين الحجازيين من يميل إلى الرأى ويتوسع فيه كربيعة بن عبد الرحمن شيخ الإمام مالك الذى كان يسمى بربيعة الرأى .

وأيضا فإن العراقيين لم يقدموا الرأى على السنة الصحيحة بل كانوا يعملون بها عند ثبوتها وكان منهم أيضاً من يكره الرأى ويأخذ بطريقة أهل الحديث كعامر بن شرحبيل المعروف بالشعبى .

أثر المدارس فى الفقه :

كان لهذه المدارس على اختلاف طرقها فضل كبير فى تكوين الفقه وتوسع آفاقه بما بحثت وقعدت من قواعد .

إلا أن طريقة أهل الرأى كانت أفضل وأنفع بكثير من طريقة أهل الحديث .

من حيث إن الحوادث غير متناهية والنصوص التى تؤخذ منها الأحكام

متناهية فكان لا بد من استعمال الرأى على أوسع صورة حتى يتمكن الفقه من مسايرة الزمن والاستجابة لحاجات الأمم المتجددة .

وقد انتهت هذه المرحلة ولم يدون فيها شيء من الحديث أو الفقه ولم تتكون فيها مذاهب معينة وإنما الذى استجد هو تشعب الآراء وكثرة الاختلاف فى الأحكام .

الدور الثالث

دور النضج والكمال والتدوين

يبدأ هذا الدور بقيام الدولة العباسية وسقوط الدولة الأموية عام ١٣٢هـ وينتهى فى منتصف القرن الرابع الهجرى تقريباً حينما ضعفت الدولة العباسية ولم يبق من سلطان الخلافة فيها إلا مجرد التسمية فقط .

وقد شهد التشريع الإسلامى بوجه خاص ازدهاراً ونمواً ونشاطاً كبيراً فى هذا الدور .

ويرجع ذلك إلى العوامل الآتية :

١ — عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء . ٢ — حرية الرأى فيما عدا الأمور السياسية . ٣ — كثرة الجدل والنقاش العلمى .

٤ — كثرة الوقائع . ٥ — ظهور الموالى فى المجال العلمى .

٦ — تأثر العقول بالثقافات المختلفة .

٧ — تدوين العلوم وانتشار الترجمة ونقل الكتب الفارسية واليونانية والهندية إلى اللغة العربية .

ونفصل القول فى ذلك فنقول :

١ — عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء .

لقد اهتم العباسيون بأمور الدين اهتماماً كبيراً فصبغوا الدولة بالصبغة

الدينية وجعلوا الدين هو المحور الذى تدور عليه أعمال الدولة ولقد أخذ هذا الاهتمام عدة مظاهر نذكر منها ما يلي :

(أ) فلقد كانت الأحكام تستمد من السنة فى كل ما يتعلق بشئون الإدارة والحكم وأمور القانون فكانت السنة هى النظام الذى تقوم عليه الحياة بشكل رسمى .

(ب) الاهتمام الذى لا يعرف الحدود بالسنة حيث جمعت الأحاديث ودونت فى هذا العصر وأكبر دليل على ذلك جمع وتدوين مسندى أحمد وصحيح البخارى وغيرهما فى هذا العصر .

(ج) تكريم الخلفاء للعلماء وتقريبهم إليهم والإغداق عليهم بالمنح والعطايا وحث الناس والولاة على الرجوع إليهم فى معرفة الأحكام فهذا أبو جعفر المنصور يطلب من الإمام مالك أن يجعل كتابه الموطأ دستوراً للدولة تسير عليه .

ونرى الرشيد يزور الإمام مالكا عندما رحل إلى الحجاز حاجاً ويختص أبا يوسف — تلميذ أبى حنيفة بالصحبة والملازمة ويجعله فى منصب قاضى القضاة وهو من أسمى مناصب الدولة حين ذاك وكذلك المأمون يسهم مع العلماء فى الجدل العلمى ويثير القول بخلق القرآن ويستنهض العلماء للنقاش الحاد .

(د) حثهم الفقهاء على وضع الأنظمة القانونية لشئون الدولة المختلفة : حيث كلف الرشيد أبا يوسف بوضع نظام لجباية الأموال والضرائب والدواوين . فألف كتابه المعروف بالخراج وهذا هو المنصور يطلب من الإمام مالك أن يجعل كتابه الموطأ دستوراً تسير عليه شئون الدولة ويأخذ الناس به إلا أن مالكاً امتنع عن تنفيذ هذه الرغبة لئلا يقلده الناس .

(ذ) الحرص على تربية الأمراء تربية دينية فلقد أرسل المهدى ولديه

الهادى والرشيد إلى المؤدب وطلب منه أن يقرئهما القرآن ويعلمهما السنن ويعرفهما الآثار .

وهذا هو الرشيد يرسل ولديه الأمين والمأمون إلى حلقة الإمام مالك بالمدينة حيث يجلس فى مسجد الرسول لرواية الأحاديث وشرحها واستنباط الأحكام منها وكذلك لما علم بكتاب السير لمحمد بن الحسن الشيبانى أمر الأمين بالذهاب لتفقه هذا الكتاب .

٢ — حرية الرأى : كان الفقهاء والمفتون يتمتعون بحرية الرأى فى هذا العصر فإذا توفرت آلة الاجتهاد لدى القاضى أو المفتى جاز لهما الاجتهاد والاستنباط طالما توفر لهما الاجتهاد ومن هنا تعددت الأحكام بالنسبة للمسألة الواحدة وتبع هذا تضخم الفقه وازدهاره إلا أن هذه الحرية التى كانت مكفولة للفقهاء والتى كانوا يدفعون إليها دفعاً من قبل الخلفاء هى الحرية التى كانت بعيدة عن مسائل الخلافة والأمور السياسية ومن هنا نرى أن بعض الفقهاء قد اضطهد وعذب من جراء الخوض فى أمور السياسة ومسائل الخلافة كما حدث بالنسبة للإمام مالك فلقد أفتى بعدم طلاق المكره — وكان العباسيون يحلفون الناس بالطلاق على عدم نقض البيعة لهم فلما سأل مالك فى ذلك أفتى بعدم طلاق المكره فعد خلفاء بنى العباس هذه الفتوى بأنها تهون أمر البيعة وتشجع الناس على نقضها .

٣ — كثرة الجدل العلمى والمناظرات بين الفقهاء : عرف الفقه الإسلامى الاختلاف فى مسائله فى عهدى الصحابة والتابعين كالخلاف فى ميراث الجد مع الإخوة ومانعى الزكاة إلا أن هذا الخلاف اشتد أثره حينما ظهرت مدرسة العراق ومدرسة الحجاز فى العصر العباسى فكثرت المسائل وتعدد العلماء وارتقت الأذهان واستخدم الرأى كأداة للاستنباط ووجد الخلاف حول تحديد المعانى اللغوية للألفاظ الواردة فى النصوص الشرعية وكذلك تحديد

علاقة السنة بالكتاب ومدى الأخذ بالإجماع والقياس وكانت هذه المناظرات تقع في حلقات العلم والمساجد والمنازل ولم تقتصر هذه المناظرات على المشافهة بل تعدتها إلى الكتابة وأكبر دليل على ذلك رسالة الليث بن سعد إلى الإمام مالك حول الاحتجاج بعمل أهل المدينة وقد أثرت هذه المناظرات على الفقه الإسلامي وأكثرت من مسائله وجعلت كل فريق يتسلح بأسلحة مناظريه فتسلح الحجازيون بالقياس وتسلح العراقيون بالحديث .

٤ — كثرة الوقائع : اتسعت أطراف الدولة الإسلامية في عهد العباسيين ودخلت أمم كثيرة في الإسلام فلما تفرق العلماء في تلك الأمصار عرضت عليهم عادات مختلفة وثقافات متباينة وأنظمة اقتصادية وقضائية واجتماعية متغايرة كل إقليم يختلف عن الآخر فعرضت على الإمام أبي حنيفة ومدرسته أعمال العراقيين وعرضت على الأوزاعي عادات الشام وعلى الشافعي تقاليد المصريين وهكذا في كل إقليم عرضت أعماله على الفقهاء فكان عمل هؤلاء العلماء صبغ كل هذه الأعمال والعادات والتقاليد بالصبغة الإسلامية الجديدة وأخضعوا كل ما يجرى في تلك الأقاليم من وقائع وأحداث للشريعة الإسلامية وهذا من غير جدال أكسب الفقه الإسلامي كثيراً من الأحكام التي لم تكن معهودة من قبل ونظراً لتلك الأحكام المتغايرة في كل إقليم وجد العلماء أنفسهم مضطرين للقيام برحلات علمية متتابعة ليعرف كل واحد منهم ما عند الآخر فكانت رحلة ربيعة الرأي من المدينة إلى العراق ، ورحلة محمد بن الحسن من العراق إلى المدينة ورحلة الشافعي إلى المدينة والعراق ومصر . وقد استفاد العلماء من وراء هذه الرحلات حيث تقاربت وجهات النظر وتأثر كل واحد منهم بما امتاز به غيره .

٥ — ظهور الموالي في المجال العلمي :

والمقصود بالموالي كل من أسلم من غير العرب ، فقد دخل الإسلام عدد

كبير من فارس والروم ومصر عندما فتح المسلمون تلك البلاد وكانوا يعرفون بالموالى لأن من أسلم منهم على يد رجل فهو مولاه .

وقد كان هؤلاء الموالى أصحاب حضارات قديمة وعلوم وفلسفات اشتهروا بها وكان لهم معرفة بكل أنواع الفنون ، الأمر الذى مكنهم من النفاذ إلى أعمق المسائل وبرعوا فى ذلك وكانت لهم أقدام راسخة فى الفلسفة والمنطق وعلوم اللغة والأديان والفقه والسنة ، وقد اعترف لهم بالتفوق والمهارة فى سائر الفنون وقد ظهر منهم مشاهير من المفسرين والمحدثين والفقهاء كالحسن البصرى وعطاء بن رباح ويزيد بن حبيب وغيرهم .

وقد ظهر نبوغ الموالى فى عصر الأمويين فلقد كان الأمويون أصحاب عصبية عربية فحرموا الموالى من المناصب العامة وأسندوها للعرب مما أجبر الموالى على تحويل أنشطتهم وإقبالهم على النشاط الفكرى والعلمى حتى يعوضهم ذلك عما فاتهم من الأمور السياسية وظل الحال على ذلك حتى جاء العباسيون فأسند إليهم العباسيون المناصب وشاركوهم فى الحياة العامة — لأن دولة بنى العباس قامت على أكتافهم من الموالى من أهل خراسان والعراق — وبذلك انخرط الموالى فى السلك السياسى وكل ما يجرى فى الدولة .

٦ — تأثر العقول بثقافات الأمم المختلفة :

تألفت الأمة الإسلامية من أجناس مختلفة كاليهود والنصارى والمجوس والفرس وغيرهم وكان لكل طائفة من هؤلاء ثقافة تخالف إلى حد كبير ثقافة غيرها وعلوم قد تتباين عن علوم سواها فلما ربط الإسلام بين هؤلاء الناس فى وحدة سياسية دينية وأزال الفوارق بينهم تبادلوا ما بينهم من معارف وتجارب ولابد لهذا من أثر على إنضاج الفكر وتنمية الذهن وسعة المدارك وقد ساعد على هذا الاتصال العلمى والاجتماعى وانتشار الترجمة للعلوم فى هذا العصر .

٧ ـ التدوين والترجمـــة :

لم يكن لتدوين العلوم نشاط فى عهد الأمويين كما كان عليه فى عصر العباسيين حيث لم يدون إلا صحائف قليلة من مسائل الفقه وندر قليل من السنة والقرآن الكريم فلما جاء العباسيون اتسع نشاط التدوين لتوافر أسبابه فلقد دخل فى الإسلام من لهم دراية بالتدوين والتأليف وسائر الفنون ـ كالفرس والروم وتناولت أشتات العلوم والفنون فلم يكن مقصوراً على الفقه بل لقد دونت السنة ووضع علم أصول الفقه فاستفاد الفقه من تدوين هذه العلوم لأن العلوم كشبكة متصلة الأطراف يخدم بعضها بعضاً ويشد الواحد منها أزر الآخر.

وقد ساعد تدوين الفقه على حفظه وتنميته وتيسير الرجوع إليه وكذلك مما ساعد على إنهاض الفقه وتنميته وجود حركة شاملة لترجمة العلوم عن اليونانية والفارسية والهندية فلقد عرف العرب كثيراً من هذه الكتب ـ وخصوصاً فى عهد المأمون ـ فاطلع علماء الإسلام على أفكار وتقاليد تلك الحضارات فتأثروا بها وتغير الفقه الإسلامى من البداوة التى عليها إلى الحضارات التى صار إليها .

مصادر التشريع فى هذا العصر

لقد اتسعت مصادر التشريع وتعددت فى هذا العصر عما هو معروف من المراحل السابقة وكانت كالآتى :

١ — القرآن. ٢ — السنة. ٣ — الإجماع ٤ — القياس.

١ — الاستحسان ٢ — الاستصحاب ٣ — المصالح المرسلة

٤ — سد الذرائع ٥ — العرف ٦ — عمل أهل المدينة

٧ — شرع من قبلنا شرع لنا ٨ — قول الصحابى

وبناء الأحكام على هذه المصادر ليس محل اتفاق بين الفقهاء فلقد اتفقت كلمتهم على قبول بعضها ورد البعض الآخر ومن هنا نرى اتفاقهم على أن القرآن هو المصدر الأول للتشريع كما اتفقوا على أن السنة هى المصدر الثانى للتشريع الشارح للقرآن والمكمل له . غير أن بعضهم توسع فى أعمال السنة فلم يضع لها قيوداً والبعض الآخر اشترط لقبولها شروطاً معينة تميز السنة الثابتة عن غيرها وكذلك اتفق أكثر أهل العلم على أن الإجماع والقياس من المصادر التى يجب بناء الأحكام الشرعية عليهما ولم ينازع فى ذلك إلا قلة قليلة من العلماء.

أما بالنسبة لبقية المصادر فنرى أن بعض الفقهاء قد أخذ بجميعها ومنهم من قبل البعض ورد الآخر وسنفصل القول فى ذلك حين الكلام على مصادر التشريع إن شاء الله .

مميزات التشريع فى هذا الدور

لقد امتاز التشريع فى هذا الدور بسمات وخصائص انفرد بها عن الأدوار السابقة واللاحقة حيث ازدهر ونضج فى فترة وجيزة لم ينضج فى

مثلها تشريع آخر وخصوصاً فى القرنين الثانى والثالث وإليك بعض هذه الخصائص .

١ — بلغ الفقه الإسلامى فى هذا العصر حد النضج والكمال وشمل كل الحياة العامة حيث سيطرت مبادئه على كل نواحى الحياة : إنسانية كانت أو دينية أو دنيوية .

٢ — ظهر فى هذا العصر الأعلام من الفقهاء الذين أقر لهم الجمهور بالزعامة والصدارة فلقد وجد فى هذا العصر كثير من العلماء المجتهدين ولم يحرم من وجودهم أى إقليم

٣ — نشأت فى هذا العصر المذاهب الفقهية الجماعية المتعددة فقد نشأ فيه من مذاهب أهل السنة ثلاثة عشر مذهباً ، ولم يبق منها مشهوراً حتى الآن سوى الأربعة المشهورين : أبى حنيفة ، مالك ، الشافعى ، أحمد ابن حنبل.

ولقد نشأت فيه أيضاً مذاهب من غير أهل السنة كالزيدية والإمامية والأباضية ولقد كانت هذه المذاهب الفقهية فى هذا العصر جماعية لأنها لم تكن من عمل إمام المذهب وحده بل كانت ثمرة عمله هو وعمل المجتهدين من تلاميذه فقد التف حول كل إمام تلاميذ وفيهم المجتهدون كتبوا ما سمعوه من أستاذهم وأضافوا إليه اجتهاداتهم الشخصية فى المسائل التى اختلفوا فيها مع إمامهم وتناقل الناس كل ذلك موسوما باسم الإمام الأول .

٤ — اشتد الخلاف حول مصادر التشريع فقد اختلف الأئمة فى الاحتجاج بعمل أهل المدينة وقول الصحابى كما اختلفوا فى طرق الاستدلال بالسنة واختلفوا كذلك فى حجية الإجماع والقياس .

٥ — أصبح للحكومات اتجاهات مذهبية فى القضاء فى هذا العصر فلقد كان فقه أبى حنيفة ومدرسته يسيطر على الحياة التشريعية فى الدولة العباسية

وكان فقه مالك يسيطر على المغرب وبلاد الأندلس .

٦ — بنيت الأحكام على العرف فلقد ظهر عرف العراق فى فقه أبى حنيفة وتلاميذه كما ظهرت عادات المصريين فى المذهب الجديد للشافعى .

٧ — دونت فيه العلوم المختلفة وعلى رأسها الفقه والسنة وكذلك علم أصول الفقه .

٨ — اتسعت هوة الخلاف بين الفقهاء فكثرت المسائل الفقهية المختلف فيها نظراً لكثرة المجتهدين فى سائر الأمصار وكثرة ما وقع من مسائل فى تلك الأقاليم وتعذر اجتماع الفقهاء فى مكان واحد للتشاور وإبداء الرأى .

ولم يكن خلافهم هذا سبباً لكراهية بعضهم بعضاً بل كل ما هنالك هو اعتقاد كل واحد منهم أن رأيه صواب يحتمل الخطأ ورأى غيره خطأ يحتمل الصواب .

٩ — ظهور المصطلحات الفقهية المتعددة فقد اختيرت أسماء معينة للدلالة على مفاهيم خاصة كأسماء الركن والشرط والصحيح والباطل وغير ذلك من المصطلحات الفقهية التى لم تكن معروفة من قبل .

الدور الرابع

دور ابتداء التقليد ثم الجمود والتأخر

يبدأ هذا الدور قبل منتصف القرن الرابع الهجرى وينتهى قبل نهاية القرن الثالث عشر بقليل .

وهذا الدور ينقسم إلى مرحلتين غير أنهما يختلفان فى بعض الوجوه ويشتركان فى صفة واحدة وهى بدء توقف الفقه عن نشاطه المعتاد حيث حل به الجمود والتأخر فى هذه الفترة .

المرحلة الأولى :

وتبدأ من أول هذا الدور وتنتهى بسقوط بغداد على يد هولاكو سنة ٦٥٦ هـ .

المرحلة الثانية :

وتبدأ من سقوط بغداد وتنتهى قبل نهاية القرن الثالث عشر بقليل .

المرحلة الأولى :

الوضع الأساسى لهذه المرحلة :

فى هذه المرحلة انقسمت الدولة الإسلامية إلى دويلات عدة يقوم على أمر كل دولة وال يسمى بأمير المؤمنين .

فاذا اتجهت إلى المشرق وجدت بها الدولة السامانية وقاعدتها بخارى فيما وراء النهر .

وإذا نظرت إلى المغرب وجدت فى الأندلس دولة أقامها بنو أمية وكان يتولى زمام أمرها عبدالرحمن الناصر حينذاك .

وإذا يممت وجهك شمال أفريقيا وجدت دولة الفاطميين التى أقام بنيانها عبدالله المهدى الفاطمى .

وفى مصر محمد الأخشيد يدعو لبنى العباس .

ووجدت فى اليمن الشيعة الزيدية الذين تأسست دولتهم على يد الهادى ووجدت فى بغداد دولة بنى بويه صاحبة السلطان الفعلى ولبنى العباس مجرد الاسم .

وهكذا تقطعت أوصال الدولة الإسلامية وصارت دويلات متناقضة يعادى بعضها بعضاً .

واشتد الصراع فيما بينها ، خصوصاً بين بنى العباس الذين ضعف شأنهم فى

بغداد وبين الفاطميين الذين قوى ساعدهم وخصوصاً بعد استيلائهم على مصر والشام .

فكان الفاطميون يرسلون رسلهم إلى الأقطار الإسلامية لبث دعوتهم ودعوة الناس إليهم .

بينما نرى العباسيين يعقدون المؤتمرات للنيل والطعن فى نسب الفاطميين ومحاولة إبعادهم عن نسل فاطمة الزهراء .

ولم يمض على ذلك وقت طويل حتى جاء السلجوقيون من المشرق واستولوا على الشرق كله حتى صارت لهم الكلمة العليا فى جميع الأقاليم الإسلامية ما عدا مصر وما وراءها من بلاد المغرب ثم دب الخلاف بين آل سلجوق فسقطت دولتهم وحل محلهم وقتئذ دولة تركية تعرف بدول الأتابكة وانتشرت هذه الدول فى المشرق والمغرب وقد تم على يد أحدهم وهو محمود نور الدين — سقوط الدولة الفاطمية المصرية وعادت إلى مصر الدولة العباسية .

وإبان ذلك قامت الدولة الأيوبية على يد صلاح الدين يوسف بن أيوب . ثم حلت بعد ذلك بالعالم الإسلامى كارثة لم يشهد لها مثيل من قبل إذ زحف هولاكو أمير التتار إلى العراق واستولى على دار الخلافة وقتل الخليفة العباسى سنة ٦٥٦ هـ وأخذ يبطش بقوته فيما وراء بغداد فقتل الملايين من المسلمين وأحدث بالبلاد الإسلامية الخراب والدمار وصار التشريع الوضعى فى بغداد من أفكار المغول .

ومن هذا كله نرى كيف وصل الحال بالدولة الإسلامية حيث تقطعت أوصالها وأصبحت شيعاً وأحزاباً يتقاتلون ويتعادون لحل الاضطراب بعد الامن وحلت الفرقة بعد الألفة .

وقد نتج من وراء هذا انحطاط الحركة العلمية والفكرية .

حالة الفقه :

لم تكن حالة الفقه الإسلامي في هذا الدور مثل الدور السابق بل حل بالفقه الإسلامي التدهور والانحدار تدريجياً للاسباب الآتية :

١ — وجود ظاهرة الاضطراب السياسي في العالم الإسلامي وقد انعكس أثر هذا على الحركة العلمية وأضعف من شأنها .

وبالطبع فان هذه الاضطرابات وهذه الفوضى حالت بين اتصال العلماء في الأقطار المختلفة ونحن نعلم أنه كان الرحلات في القديم فضل على التشريع .

٢ — انشغل الولاة بالسياسة والحروب فانصرفوا بذلك عن العناية بالعلم والعلماء .

٣ — أصبحت الأقطار الإسلامية ضعيفة من حيث الاستقلال السياسي مما تسبب عن هذا ضعف روح الاستقلال التشريعي .

٤ — أن فقهاء المرحلة السابقة كانوا يمتازون بروح الاستقلال الفكري هذه الروح التي أملت على أبي حنيفة أن يقول فيمن سبقوه في الاجتهاد والاستنباط هم رجال ونحن رجال .

أملت على الامام مالك : أن يقول : كل واحد يؤخذ من كلامه ويرد إلا رسول الله ﷺ

بينما نجد فقهاء هذه المرحلة قد ماتت فيهم هذه الروح وسرت فيهم روح التقليد وماتت فيهم ملكة التجديد والابتكار وحصروا أنفسهم في دوائر حول تلك المذاهب لا يتعدونها والتزم كل واحد منهم مذهبا لا يتجاوزه .

ومن العجب العجاب أن يسيطر على فقهاء هذا الدور ظاهرة التقليد بينما نجد أن الأئمة ينهون عن اتباعهم وتقليدهم وينعون على من يأخذ أقوالهم بغير دليل فنرى الشافعي يقول :

« مثل الذى يطلب العلم بغير حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيه أفعى تلدغه وهو لا يدرى » .

ونجد أبا يوسف يقول :

لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلنا(١) ولقد كان هذا الدور يتمتع بعلماء أتقياء لهم القدرة على الاجتهاد والاستنباط كسابقيهم إلا أنهم حرموا أنفسهم من هذا الحق — الاجتهاد — وكفوا على الاقتصار على تقليد المذاهب السابقة وداروا فى فلكها أمثال أبى الحسن الكرخى وأبى بكر الرازى الجصاص فى الحنفية وابن رشد القرطبى من المالكية والجوينى المعروف بإمام الحرمين وحجة الإسلام الغزالى من الشافعيه .

إلا أنه قد ظهرت حركة فى هذا الدور سنة ٥٥٥هـ — أشبه بحركة الموت — وهى أن عبد الرحمن بن على لما تولى أمر المغرب ووجد العلماء قد حصروا أنفسهم على الفروع والتقليد فكره لهم هذا وفكر فى إلزامهم بالاجتهاد فقيل إنه حرق كتب الفروع كلها وألزم الفقهاء ألا يفتوا إلا من الكتاب والسنة وألا يقلدوا أحداً وتكون أحكامهم مستقاة منهما ومن المصادر الفقهية الأخرى إلا أن هذه المحاولة لم تؤد غايتها المطلوبة(٢) .

أسباب التقليد :

١ — تدوين المذاهب . ٢ — التعصب المذهبى .
٣ — ولاية القضاء . ٤ — غلق باب الاجتهاد .

اقتصر علماء هذا الدور على التقليد لأسباب أهمها ما يلى : —

١ — تدوين المذاهب الفقهية : نحن نعلم أن الفقه قد دون فى الدور السابق فأصبح الرجوع إلى مسائله فى متناول الناس وصار من اليسير معرفة الأحكام بسرعة .

---

(١) أعلام الموقعين ١/٢٠١، ٢٠٢ (٢) الفكر السامى ٤/٩، ١٠ .

ثم إن الذى دفع الناس فى العصور السابقة إلى الاجتهاد هو التعرف على الأحكام بالنسبة لما يجد من الحوادث التى لا يعرفون لها حكما فلما دون المجتهدون السابقون كل هذا وجد الناس أنهم فى غنية عن الاجتهاد لأنهم كلما بحثوا عن حكم حادثة وجدوا السابقين قد تناولوها فى مسائلهم فلم يكونوا فى حاجة إلى بحث جديد .

٢ ـ التعصب المذهبى : ـ اشتغل علماء هذا الدور بنشر المذاهب ودعوة الناس إليها وتعصبوا الآراء فقهائهم تعصبا شديداً إلى حد أنه لا يستطيع الواحد منهم مخالفة أمامه ـ كأن الحق كله كان نزل على لسان إمامه وقلبه ـ مما حدا بأبى الحسن الكرخى ـ وهو من علماء الحنفية ومن فقهاء هذا الدور أن يقول كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهى مؤولة أو منسوخة وكل حديث كذلك فهو مؤول أومنسوخ .

وتمثل هذا التفكير الذى سيطر عليهم وولائهم ولأئمتهم حال دلك بينهم وبين الاجتهاد لأن من يؤمن بفكرة معينة يدور فى نطاقها ويقف عندها وينتهى به الأمر إلى الجمود وعدم الاجتهاد .

٣ ـ ولاية القضاء : كان الخلفاء لا يسندون منصب القضاة إلا لمن أنسوا فيهم العلم بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ والقدرة على الاجتهاد ، والاستنباط وكان الخلفاء يلزمون القضاة أن تكون أحكامهم مستمدة من كتاب الله وسنة رسول الله والرأى الأقرب الى الحق وأكبر دليل على ذلك ما كتبه سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى قاضيه أبى موسى الأشعرى يقول له: القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة . ثم قال الفهم الفهم فيما أدلى اليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ثم قايس الأمور عند ذلك اعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى أحبها الى الله وأشبهها بالحق(١) .

---

(١) اعلام الموقعين ج ١ ، ص ٩

ولما تغيرت الحالة الاجتماعية مع مسيرة الزمن فضل الخلفاء أن يكون قضاتهم من المقلدين والذين يتبعون مذاهب معينة يختارها الخلفاء فكان هذا سبباً فى اتباع هذه المذاهب لمن يرغب تولى القضــاء يقلدونها ويقفون عند آثارها ...

٤ — غلق باب الاجتهاد : كان من حظ الفقه فى هذا الدور أن رزىء بهؤلاء الأدعياء الذين تطاولوا على مائدة الفتوى والاستنباط وهم بعيدون عنها كل البعد وأخذوا يفتون فى دين الله بما لا يعلمون مما أجــبر العلماء أن يصدروا فتوى على رأس القرن الرابع الهجرى بإغلاق باب الاجتهاد منعاً للأدعياء الذين تطاولوا على الفتوى وهم ليسوا أهلا لهـا إلا أن إغلاق باب الاجتهاد لم يؤت ثماره وأضر بالفقه الإسلامى ضررا كبيراً حيث أصابه الجمود والتأخر .

وكان الواجب على فقهاء هذا الدور أن يتغلبوا على هؤلاء الأدعياء بالحجة والبرهان ويكشفوا معايبهم للناس وينهوهم عن اتباعهم ولو فعــلوا ذلك لأحسنوا صنعاً بدلا من إغلاقهم لباب الاجتهاد .

عمل العلماء فى تلك المرحلة

لم يشتغل فقهاء تلك المرحلة بالاجتهاد والاستنباط كسابقيهم ولكن اقتصر دورهم على جمع الآثار وترجيح الآراء والإفتاء فى المسائل التى لم يتعرض لها السابقون وإذا أردنا أن نحصر عمل الفقهاء فى هذا الدور نجده ينحصر فى أمور ثلاثة :

١ — تعليل الأحكام ٢ — الترجيح ٣ — الانتصار للمذاهب

١ — تعليل الأحكام : ترك الفقهاء رضوان الله عليهم كثيراً من أحكام المسائل من غير ذكر تعليل لتلك الأحكام فقام علماء هذه المرحلة بذكر العلل لتلك الأحكام ومكنهم ذلك من أن يحكموا عــلى الجزئيات التى لم يرد

فيها حكم عن أئمتهم وذلك عن طريق أصول التخريج المعروفة — وهؤلاء يعرفون بعلماء التخريج — وكان من أكثر العلماء اشتغالا بالتعليق هم علماء الحنفية لأن مذهبهم كان يقوم على كتب محمد بن الحسن الشيباني وكان أكثرها عاريا من التعليق فعملوا على بيان الأصول التى اعتمد عليها أئمتهم فى الاستنباط .

أما الشافعية : فقد كانوا فى هذا الشأن أقل عناء لأن الشافعى رضى الله عنه دون أصول مذهبه بنفسه وأملاها على تلاميذه .

أما المالكية والحنابلة فلم يهتموا بذلك لأنهم لم يشغلوا أنفسهم بالمناظرات والمجادلات التى كانت سجالا بين الحنفية والشافعية .

٢ — الترجيح بين الآراء المختلفة فى المذاهب .

وهو نوعان : ترجيح من جهة الرواية وترجيح من جهة الدراية .

أما الترجيح من جهة الرواية : فان النقل عن فقهاء المذاهب قد يختلف فى المسألة الواحدة كأن يكون النقلة أكثر من واحد وقد وجدناهم اختلفوا فى النقل فينقلون عن إمام المذهب أكثر من قول فى مسألة واحدة ويرجع ذلك إلى أمور منها:

١ — خطأ بعض النقلة .

٢ — وقد يكون الإمام قد أفتى برأى فى مسألة ثم رجع عنه إلى غيره لظهور دليل أقوى.

فينقل أحد تلاميذه الرأى الثانى لعلمه بالرجوع عن الرأى الأول وينقل غيره الرأى الأول لعدم علمه بالرجوع عنه .

فمن هنا يقع الاختلاف فى النقل عن أئمة المذاهب فى بعض المسائل فقد روى عن مالك : ابن القاسم وابن الماجشون وأسد بن الفرات وغيرهم وروى

عن الشافعى الربيع بن سليمان المرادى والمزنى وحرملة والبويطى وغيرهم

وكذلك روى عن أبى حنيفة محمـــد بن الحسن الشيبـانى وأبو يوسف وغيرهم .

وقد يختلف كل هؤلاء فى النقل للأسباب المتقدمة .

ولكن يلاحظ هنا أن الرواة لم يكونوا على درجة واحـــدة فى التثبيت والحفظ فكان من عمل هؤلاء العلماء الترجيح بين الروايات فكانوا يرجحون رواية من اشتهر عندهم بالحفظ .

فرجح عند الحنفية رواية محمد بن الحسن وأبى يوسف على رواية غيرهم ورجح عند الشافعية رواية المزنى والربيع المرادى.

كذلك رجح المالكية رواية ابن القاسم عن مالك على باقى الرواة .

النوع الثانى — الترجيح بالدراية

وهو المقارنة بين الأقوال الواردة فى المذهب عن الإمام أو عن تلاميذه فى المسألة.

وهـذا النوع من الترجيح فى حاجة إلى ملكة قوية فى الفهم والاستنباط ومعرفة تامة بقواعد الشريعة وكلياتها .

فكان هؤلاء يرجحون ما تشهد له الأدلة وبالطبع فإنه قد يقع الاختلاف بين هؤلاء المرجحين نظراً لاختلافهم فى القدرات والمواهب والقدرة على التصرف وكان الحنفية والشافعية هم الفرسان فى هذا الميدان .

الانتصار للمذاهب

اهتم فقهاء هذا الدور بالانتصـار لمذهبهم ، فقامت كل طائفة تنتمى إلى مذهب تدعو له بكل ما أوتيت من قوة وبرهان ، وقـــد كان لهم فى ذلك طريقتان .

الطريقة الأولى :

وهى تتبع المسائل المختلف فيها بين المذاهب ومقارنتها وبيان الراجح منها وكان كل فريق يرجح مذهب إمامه ولو كان دليله ضعيفاً وقد كلفهم ذلك لجاجا وشططاً .

الطريقة الثانية :

كان كل فريق يجمع مناقب إمامه ويكتب فى ذلك الأشعار والأمثال وينشرها على الناس رغبة منه فى انتماء عدد كبير من المسلمين لتبعية إمامهم فألف فى ذلك أتباع الحنفية والمالكية وكذلك الشافعية والحنابلة المناقب والمفاخر وتباروا فى ذلك حتى صار ما ألفى من مفاخر لهؤلاء الأئمة ما يملأ كتبا ومجلدات .

المرحلة الثانية ـ من الدور الرابع

تبدأ من سنة ٦٥٦ هـ من سقوط بغداد على يد هولاكو .

وتنتهى فى أواخر القرن الثالث عشر تقريبا .

وهذه المرحلة كانت من سوء الحظ أطول مرحلة فى تاريخ الفقه الإسلامى. وفى هذه المرحلة تدهور الفقه وأخذ فى الإنحطاط والجمود وكانت هذه المرحلة على عكس المرحلة الأولى :

إذ وجد فى المرحلة الأولى العلماء الأفذاذ الذين اشتغلوا بالتخريج والتعليل والاجتهاد فى المسائل التى لم يتعرض لها السابقون بينما وجد فى هذه المرحلة العلماء الذين انصرفوا عما اشتغل به السابقون وسادهم التقليد المطلق مع أن هؤلاء كان لهم قدرة على السير على طريقة أسلافهم ولم يقف الامر على التقليد فحسب بل انحطت حركة التأليف كذلك فصارت المؤلفات الفقهية حينذاك فى الأغلب الأعم منها اختصاراً لما وجد من المؤلفات السابقة أو شرحاً لها .

وعمد العلماء فى هذا الوقت إلى جمع المسائل والفروع فى عبارات ضيقة خفية الفهم والمنال ووصل الحال بالتآليف إلى حد الإلغاز حتى أصبح فهم تلك المسائل يتطلب جهداً ووقتاً مما دعا إلى وضع شروح لتفسير هذه الألغاز وحل ما غمض منها لمست الحاجة حينئذ إلى التقارير والحواشى للاستعانة على حل هذه المشكلات ، حتى أصبح المطلع على هذه المؤلفات يتعب ذهنه وفكره فى جمع ما تشتت بين المتون والشروح والحواشى .

أثر هذا الجمود الفقهى :

نظراً لهذه الحالة التى أصيب بها الفقه الإسلامى حيث حل به الجمود ، والتوقف فى هذه المرحلة فقد ترتب على هذا أن عجز الفقه عن أن يمد حاجات الناس بالنسبة للوقائع المتجددة وقد فقدت السبل أمام طلاب الفقه من جراء المؤلفات الصعبة المنال والتعقيد والإلتواءات التى حصلت بتلك المؤلفات فتسبب كل هذا فى انصراف الناس عن الشريعة واتجهوا إلى القوانين الوضعية الغربية ينهلون منها ويستمدون منها ما يقضى حاجاتهم فى شئون الإدارة ونظم الحكم والقضاء ومسائل أخرى وبهذا بعدت الشريعة عن الحياة بعد أن سادتها قروناً إلا أنه يجب أن يقال إحقاقاً للحق أنه قد ظهرت فى تلك الآونة بعض النجوم التى تنير هذا الليل المظلم الطويل من وقت لآخر تدعو إلى نبذ التقليد وعودة الاجتهاد والاستنباط من جديد من مصادر الفقه ، وكان رأس هؤلاء الدعاة شيخ الإسلام أبو العباس تقى الدين بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وتلميذه أبو عبدالله شمس الدين بن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ

وأيضاً لم يخل هذا العصر من بعض المؤلفات الفقهية الهامة التى كانت مثالا حياً لتطبيق الشريعة الإسلامية عملياً — وهى كتب الفتاوى التى ظهرت فى هذه المرحلة .

فإن أولئك الذين توفرت لهم آلة الاجتهاد الذين أسند إليهم منصب

الافتاء بصفة رسمية قد دونوا فتاواهم فى مؤلفات مميزة ومرتبة على حسب أبواب الفقه مثل الفتاوى الهندية والبزازيه والمهدية وطريقة هذه الفتاوى السؤال فالجواب مع ذكر النصوص الفقهية التى يعتمد الجواب عليها .

مراحل الجمود والتقليد :

لم يصب الفقة الاسلامى بالجمود والتأخر مرة واحده بل أصابه ذلك شيئا فشيئا وقد بدأت هذه الحالة من منتصف القرن الرابع الهجرى وصارت الأمور تسير من ضعف إلى أضعف . وقد تطور الأمر من اجتهاد مطلق إلى اجتهاد مذهبى الى اجتهاد فى الفتيا الى لا شىء .

ولم نر بعد ابن جرير الطبرى المتوفى عام ٣١٠ هـ من تسمح له نفسه بالاجتهاد حتى جاء القرن الرابع الهجرى حيث أعلن العلماء على رأس هذا القرن غلق باب الاجتهاد وادعوا الاجماع فى ذلك وقد اقتصر عمل العلماء — فى الفترة السابقة لهذه المرحلة — على التعليل والترجيح والافتاء فى المسائل التى لم يتعرض لها السابقون . تلك بلا شك اجتهادات استفاد منها الفقه الاسلامى فى الجملة .

واستمر الحال على ذلك حتى سقوط بغداد على يد المغول عام ٦٥٦ هـ فأصيب المسلمون بالضعف التشريعى وأصبح عمل العلماء مقصوراً على التمييز بين القوى والضعيف وتأليف المتون والمختصرات التى تشبه الألغاز .

ثم خلف من بعدهم خلف حصروا أنفسهم فى دائره التقليد المطلق ، وحرموا على أنفسهم الاختيار والترجيح بين الآراء الفقهية وأعلنوا أن زمن ذلك قد انتهى .

وبعد هذا العرض السريع نعلم أنه لم ينته الاجتهاد فجأة وأن التقليد كان على مراحل ومن هنا قسم العلماء والفقهاء الى طبقات .

طبقات الفقهاء :

اعتاد العلماء الذين يشتغلون بالفقه المذهبي على تقسيم الفقهاء إلى طبقات إلا أن هذه الطبقات تختلف من مذهب لآخر فطبقات المالكية غيرها عند الشافعية وهكذا وقد وجدنا أن ابن عابدين الحنفي ينقل لنا تقسيم علماء الحنفية إلى سبع طبقات :

١ — طبقة المجتهدين اجتهاداً مطلقاً .
٢ — طبقة المجتهدين في المذهب .
٣ — طبقة المجتهدين في المسائل التي لم يرد فيها حكم عن صاحب المذهب
٤ — طبقة أصحاب التخريج من المقلدين .
٥ — طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين .
٦ — طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى .
٧ — طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيئاً مما سبق فهؤلاء ينقلون الأقوال فقط .

أسباب تأخر الفقه في هذه المرحلة :

إذا كنا قد رأينا الفقه الاسلامي قد سقط وهوى من عليائه في هذه المرحلة فانا نرد على هذه الأسباب ونجملها فيما يلي :

١ — انحلال الدولة الإسلامية :

فانه يلاحظ على الدولة الاسلامية في هذا العصر أنها قد حققت من ناحية الاستقلال السياسي مما أدى هذا بدوره إلى ضعف الاستقـــلال التشريعي فانا نعلم أن استقرار الأمر في الدولة واجتماع كلمتها من العوامل المساعدة على رقيها في شتى نواحي الحياة .

٢ — انقطاع الصلة بين العلماء :

فى هذه المرحله انقطعت الصلات بين العلماء وأصبح العلماء لا يعرف بعضهم بعضاً فى سائر الأمصار الاسلامية .

فأصبح العالم المصرى لا يعرف العالم العراقى وهكذا .

وقد نتج عن هذا ضعف العلوم وخصوصا الشرعية لأنها تعتمد على الرواية والتلقى وهما يؤديان إلى المناقشة والحوار وشحذ الأذهان مما يساعد ذلك على نمو التشريع .

وكان هذا طبعاً على عكس ما عرف عن فقهاء الأدوار السابقة ، فإنه كان لا يشهد للفقيه منهم بالفقاهة إلا بقدر تنقله إلى هنا وهناك وأكبر دليل على ذلك ما حدث لكبار الأئمة والمحدثين .

٣ — انصراف العلماء عن الاجتهاد :

إما بسبب تهيبهم الفتوى والخوف من حقد الحاقدين ونقد الناقدين كما حدث لابن تيمية وغيره مما سار على هذا النهج حيث اتهموه بالمروق والخروج على تعاليم الدين .

أو بسبب ميلهم إلى الكسل والاخلاد إلى الراحة وكثرة المسائل والفروع التى نقلت عن أئمتهم .

٤ — انقطاع الصلة بين الناس وبين كتب الأئمة .

فلقد انقطعت الصلة بين طلاب العلم وبين كتب الفقهاء التى كانت تتصف باليسر والسهولة حيث يسهل أخذ الأحكام منها دون عناء فهم . أما والحال قد تغير فى هذه المرحلة حيث اتسمت مؤلفات هذه المرحلة بالتعقيد والألغاز والرموز مما أرهق الذهن وأتعب الفكر فى حل هذه الرموز والألغاز لأخذ الأحكام منها .

وقد ألجأ هذا الوضع كبار المصلحين إلى التفكير فى إصلاح حال الفقه والعودة به إلى سيرته الأولى وهذا ما سنتناوله فى الدور الخامس .

الدور الخامس

دور اليقظة الفقهية

من دراستنا للأدوار الأربعة السابقة يتبين لنا ما يلى :

أن الفقه قد بدأ بناؤه على يد الرسول صلى الله عليه وسلم فهو أول من وضع أسسه و قواعده العامة .

ثم تلاه بعد فى البناء سلف هذه الأمة الذين رزقهم الله بسطة فى العلم والفهم والقدرة على التصرف وإدراك أسرار الشريعة ومعانيها مما مكنهم من النهوض بالفقه ومواجهة الوقائع والأحداث التى تستجد ومن هنا رأينا الفقه فى هذه الفترة يساير ركب الحياة ثم خلف من بعد ذلك خلف تقهقر الفقه على أيديهم وأصابه الجمود والتوقف حيث سادهم التقليد المطلق وتعصب كل فريق لآراء إمامه وكتبه فحبسوا أفكارهم وعقولهم فى هذا الإطار فى نهاية الدور الرابع .

وقد رأينا كيف وصل الحال بالمؤلفات الفقهية حيث أصابها التعقيد والالتواء .

وقد ازداد الأمر سوءاً حين أعلن الفقهاء - على رأس القرن الرابع الهجرى - إغلاق باب الاجتهاد وادعوا الإجماع على ذلك ورأينا كذلك بعض الفقهاء يحرم على المقلد أن ينتقل من مذهب إلى آخر مع أن الله تعالى لم يوجب على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب معين وأن الأئمة أنفسهم لم يأمروا أحداً باتباعهم .

أضف إلى ذلك ما رأيناه من الحكام الجهلة والمقلدين المتعصبين الذين يلزمون الناس بمذاهب معينة فى التقليد والقضاء .

ومن هذا كله استاء المسلمون لما صار إليه الفقه من تدهور وتأخر فقام المصلحون فى سائر الأقطار الإسلامية بالدعوه إلى إنقاذ الفقه وتخليصه مما أصابه حتى يستطيع التشريع الإيفاء بحاجات الناس .

* * *

الدعوة إلى إصلاح الفقه وأهدافها

بدأت طلائع الدعوة إلى إصلاح الفقه فظهر مع القرن الثامن الهجرى وفى بلاد متفرقة فى سائر الأمصار الإسلامية وقد رأينا سابقاً عالمين جليلين هما شيخ الإســـلام أبو العباس تقى الدين بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وتلميذه أبو عبدالله شمس الدين بن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ .

فقد نادى كل منهما بترك التقليد وإطلاق حرية الاجتهاد لمن توجد عنده القدرة على الاجتهاد والعودة إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وقد كان لكل منهما آراء مستقلة رغم انتسابهم إلى الحنابلة.

ثم ظهر فى نهاية القرن الثانى عشر الهجرى وأوائل القرن الثالث فى شبه الجزيرة العربية أبو عبدالله محمد بن عبد الوهـــاب التميمى النجدى المتوفى عام ١٧٠٦هـ فقد صنع صنيع ابن تيمية وابن القيم ونادى هو الآخر بالاجتهاد ونبذ التقليد .

وكان هذا الشيخ يقلد مذهب الحنابلة بصفة عامة وابن تيمية بصفة خاصة.

وفى مصر وجد زعيم من أكبر زعماء الاصلاح وهو الشيخ جمال الدين الأفغانى المتوفى عام ١٨٩٨م وهو بحق يعتبر باعث النهضة الفكرية فى الشرق فدعا الناس إلى الاصلاح الدينى والسياسى والاجتماعى وخلفه فى هذه الدعاية تلميذة الخاص النجيب الشيخ محمد عبده المتوفى عام ١٩٠٦م واستمرت هذه المدرسة على هذا النحو حتى حققت غايتها المنشودة .

أهداف حركة الإصلاح :

وقد كانت حركات الإصلاح جميعها تنشر الإصلاح الدينى وإن اختلفت طرائقها فكانت جميعها تهدف فى جملتها إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول : التخلص من الكتب القديمة التى ألفت فى عصر الجمود فلقد اتسمت هذه المؤلفات بالتعقيد والالتواء ولم يستفد الفقه الاسلامى من هذه المؤلفات بل كانت الاحكام تؤخذ من هذه المؤلفات بشق الانفس نظراً لغموض أسلوبها على غير المتخصصين .

الأمر الثانى : العودة إلى مصادر الفقه الأولى كالكتاب والسنة وأخذ الاحكام الشرعية من منابعها الأصلية ومحاربة التقليد وعدم التمسك بمذاهب أو كتب معينة .

الأمر الثالث : عدم التفرقة بين المذاهب الاسلامية المختلفة فإن هناك بعض المذاهب كان لها من الحظ والشهرة والبقاء إلى يومنا هذا كالمذاهب الاربعة المشهورة وبعض المذاهب الاسلامية الأخرى التى لم تنل نصيباً من الشهرة فاندثرت مع مرور الزمن .

كمذهب الحسن البصرى والاوزاعى وابن سيرين وغيرهم وقد ترك العمل بآراء تلك المذاهب مع قيمتها العلمية القيمة وعلى الرغم من أن جميع هذه المذاهب تنتمى إلى أصل واحد وهو دين الله وتنتسب جميعها إلى الشريعة الاسلامية وجدنا العمل قاصراً على تلك المذاهب المشهورة مع أنه قد يكون فى غير هذه المذاهب من الآراء ما فيه رفع الحرج ودفع الضرر عن الناس.

ومن هنا نرى أنه يجب الأخذ بجميع هذه المذاهب الاسلامية المشهورة منها وغير المشهورة تخفيفا وتيسيراً للناس ودفعاً للمشقة عنهم بدلا من التزامهم بمذاهب معينة وقد يوقعهم هذا الالتزام فى الحرج والعنت والمشقة مما يتعارض مع أهداف الشريعة العامة .

وهناك محاولة الآن للتقريب بين المذاهب الاسلامية المختلفة وعسى أن يكون ذلك تقريباً .

مظاهر النهضة المصرية فى هذا الدور :

وتبدو — ظاهرة النهضة الفقهية فى هذا الدور — واضحة جلية فى أمرين

الأول : منهج الدراسة وطريقة التأليف .

الثانى : تقنين أحكام الفقه دون الالتزام بمذهب معين فى أغلب الحالات

ونفصل القول فى ذلك فنقول :

١ — دراسة الفقه والتأليف فيه : لقد اهتم المشتغلون بالفقه فى هذا الدور واعتنوا به عناية كبيرة دراسة وتأليفاً وأخذ الفقه يعتد مجده على يد هؤلاء الأجلاء حيث نهضوا بالتأليف وابتعدوا به عن التعقيد والالتواء ونهجوا منهجا يقوم على التعمق والتخصص ونحن إذا أردنا أن نسجل بعض مظاهر النهوض بالفقه من ناحية الدراسة والتأليف فلنسجل ما يأتى : —

(أ) العناية بدراسة المذاهب الكبرى والآراء الفقهية المعتبرة على قدم المساواة من غير تفضيل مذهب على مذهب .

فقد كان أكثر الحكام — كما علمنا فى الدور الرابع يلتزمون بمذاهب معينة فى التقليد والقضاء ويكرهون الناس على اتباعها كما فعل الفاطميون فى مصر حين قصروا الدراسة فى الأزهر على مذهب الشيعة وكما فعل الأيوبيون من بعدهم حين قصروا الدراسة فيه على بعض مذاهب أهل السنة .

وقد نهج كثير من الحكام هذا النهج فى سائر الأقطار الاسلامية وقد أدى هذا من غير جدل إلى الجهل بكثير من الآراء الفقهية القيمة الموجودة فى المذاهب الأخرى وقد نتج عن هذا الجمود والتأخر بالنسبه للفقـــه أما فى هذا الدور .

فقد تخلصت أغلب الأمم الاسلامية من هذا فأصبحت الدراسه فى دور

العلم وخصوصاً الأزهر شاملة لكل المذاهب الاسلاميه المشهورة مع الاعتناء بالآراء التي لم يكن لها ظهور من قبل بسبب عدم تدوينها وقلة أتباعها .

وهذا من غير شك يضع أمام طلاب العلم ألواناً من الآراء والأفكار المختلفة فتنمو ملكاتهم وتتسع مداركهم .

(ب) الاهتمام بالدراسة الموضوعية المفيدة :

كانت الدراسة في الدور الماضي مولعة بالايجاز والاختصار والتراكيب اللفظية المعقدة التي تستنفد الجهد دون كبير فائدة .

أما في هذا الدور فلقد اتجهت الدراسة في الفقه إلى جوهره ولبــــه ، والتخلص من كل التعقيدات العلمية العقيمة القائمة على النظر الجدلي ويرجع هذا الفضل إلى دراسة الكتب الفقهية القديمة التي لم يلحقها التعقيد ولا الجمود كما يرجع الفضل أيضاً إلى المؤلفين المحدثين الذين نهجوا في مؤلفاتهم نهجاً علمياً خاصاً .

(جـ) العناية بدراسة الفقه المقارن : في هذا العصر اهتم المشتغلون بالفقه بهذا النوع من الدراسة .

والمقارنة تارة تكون بين المذاهب الفقهية في مسألة من المسائل .

وتارة تكون بين المذاهب الاسلامية في جملتها وبين القوانين الوضعية في حكم مسألة من المسائل ثم تعرض الأدلة التي استند إليها كل فقيه في هذه المسألة ثم تناقش هذه الأدلة ويختار منها ما هو أقرب إلى الحق وأشبه بروح الشريعة تحقيقاً لمصالح الناس .

والفيصل في ذلك هو قوة الدليل في كل حال .

أما النوع الثاني من المقارنة .

فكان بين الشريعة الاسلامية بجملتها وبين التشريعات الوضعية الحديثة.

وقد قام بهـذا العمل نخبـة من العلماء الذين أهلتهم ظروفهم لذلك العمل الجليل .

فعملوا على المقارنة بين الشريعة وبين التشريعات الوضعية ووفقوا بين الشريعة الإسلامية وبين الشرائع الأخرى فيما يمكن توفيقه .

وأظهروا للناس كثيراً من الحلول الجزئية والنظريات التي تشهد على الحية الشريعة الإسـلامية للتطبيق في كل زمان ومكان وقد وجد هذا النوع من الدراسة في كتب المتقدمين وخصوصاً كتب الحنفية والشافعية، ولـكن كان الطابع العام لتلك المقارنات — السائدة حين ذاك — هو الانتصار لـمذهب المقارن مهما ضعف دليله وقوى دليل غيره في نظره .

فائدة دراسة الفقه المقارن:

ولا شك أن هـذا اللون من الدراسة قد أكسب صاحبه القـدرة على الاستنباط والتخريج والترجيح وساعد أيضا على تنمية المدارك والملـكات الفقهيـة .

كما دفع أصحاب هذا الفن إلى التعمق لفهم معاني الشريعة وأسرارها .

(د) الاتجاه إلى إظهار النظريات العامة في الفقه ودراستها والمعروف عن الفقه الإسلامي أنه لم يبن على النظريات العامة بل كان اجتهاد الفقهاء في المسائل والقضايا الفردية ولـكن من يدقق النظر في الفقه الإسلامي يجده قد اشتمل على نظريات وكليات عامة تفوق تلك النظريات الحديثة كنظرية العقد والملك والمـال والتعسف في استعمال الحق وغير ذلك .

(هـ) التخصص في الدراسة : اتجهت العلوم في هذا العصر اتجاهاً عظيما فكان لـكل فن من الفنون وكل نوع من أنواع المعرفة دراسات خاصـة مستقلة كل فن أو نوع على حدة وقد أدى هـذا إلى التعمق والإجادة في تلك المعارف .

ومن هنا وجدنا الذين اهتموا بالدراسات الفقهية قد أنشأوا دراسات عليا مستقلة فى كلية الشريعة بجامعة الأزهر وكليات الحقوق فى سائر الجامعات المصرية وغيرها من الأقطار الإسلامية ولا شك أن هذا التنوع من الدراسة يدفع صاحبه للإجادة والتعمق ويربى الملكات الفقهية القادرة على التخريج والترجيح والاستنباط وقد ظهرت هذه الملكات فى الرسائل العلمية المتخصصة والكتب التى ألفها هؤلاء.

أما من جهة التأليف: فقد نشط المؤلفون فى هذا العصر وركزوا كل اهتمامهم وجهدهم فى إبراز دقائق التشريع الإسلامى وعالجوا فى مؤلفاتهم الموضوعات العلمية فى أسلوب سهل مبسط.

ومن كل هذا ظهرت الشريعة على حقيقتها من السماحة والدقة والشمول والقدرة على مسايرة التطور.

٢ — تقنين أحكام الفقه الإسلامى:

المقصود بالتقنين؟

يقصد بالتقنين جمع أحكام المسائل فى كل باب وصياغتها فى مواد متتابعة مرقمة بحيث يختار فى حكم كل مسألة رأى واحد من بين الآراء المتعددة ويكون هذا الحكم هو المختار بين سائر المتقاضين.

والغرض من التقنين تحقيق أمرين:

الأول هو توحيد الأحكام فى المسائل المتشابهة فلا يقضى قاض بحكم فى مسألة ويقضى فيها قاض آخر بحكم آخر فى نفس المسألة بل الواجب على القضاة التزام النص المتفق عليه ويحرم عليهم مخالفته وذلك منعاً للاضطراب فى الأحكام.

الثانى: تيسير مراجعة الأحكام الفقهية على القضاة وغيرهم فإن ترتيب الأحكام الفقهية فى مواد متتابعة وفى أبواب منظمة مرتبة — يؤدى بلا شك

إلى أخذ الاحكام منها بسهولة ويسر من غير عناء أما ترك القضاة وأنفسهم لأخذ الأحكام الفقهية من كتبها فانه قد يشق عليهم ذلك لان هذه الكتب فى حاجة إلى خبرة وعقلية خاصة وقد لايتوفر هذا الكثير من الناس .

بدء تقنين أحكام الفقه الإسلامى :

ظهرت محالات — قبل العصر العباسى — لتدوين الفقه وتقنين أحكامه كمحاولة ابن المقفع مع أبي جعفر المنصور وكذلك محاولة أبي جعفر مع الإمام مالك وأيضاً محاولة السلطان محمد عالم كير أحد ملوك الهند وكل هذه المحاولات كانت تبعد عن فكرة التقنين بمعناها الدقيق الذى قدمناها .

أما فكرة التقنين بالمعنى الصحيح فقد ظهرت فى أواخر القرن الثالث عشر الهجرى ونفذ فعلا وذلك فى تركيا . عند ما أنشأ العثمانيون المحاكم وجعلوا من اختصاص تلك المحاكم بعض الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ولم يكن من السهل على القضاة أن يأخذوا الأحكام الفقهية من مصادرها لعدم تمرسهم على هذه الكتب وقلة خبرتهم بها

ومن أجل هذا كانت الحاجة ماسة إلى تقنين أحكام الفقه بأسلوب سهل ميسر وجعله فى مواد حتى يسهل الأمر على غير القضاة الشرعيين فصدرت الاوامر من السلطان بتكوين لجنة من هيئة كبار العلماء المختصين برئاسة أحمد جودت باشا لوضع مجموعة الأحكام الشرعية فى المعاملات من الفقه الحنفى وكان ذلك فى عام ١٢٨٦ هـ ١٨٠٩ م وانتهت اللجنة من عملها سنة ١٢٩٣ هـ ١٨١٦ م وقد عرفت هذه المجموعة باسم المجلة المدنية .

وعقب ذلك صدرت الأوامر بالعمل بما جاء فى تلك المجلة فى تركيا وفى سائر البلاد التابعة لها غير أنه لم يكن لمصر نصيب فى العمل بتلك المجلة لأنها كانت قد استقلت عن تركيا قبل ذلك بعامين .

تكوين المجلة العدلية :

وقد اشتملت المجلة العدلية على ١٨٥١ مادة وأخذت جميعها من الفقه الحنفي غير أنه يلاحظ أن بعض أحكام هذه المجلة كانت تمثل الأقوال المرجوحة في المذهب الحنفي وقد لجأ المشرعون إلى ذلك تيسيراً وتخفيفاً على الناس وقد حوت المجلة أحكاماً كثيرة من العقود والتصرفات منها — البيوع والإجارات والشركات والوكالة والصلح والإبراء والقضاء والشفعة والكفالة والرهن والهبة والغصب وما إلى ذلك .

قانون العائلات وبدء الخروج على التقيد بمذهب معين

وعقب ظهور المجلة العدلية في تركيا ظهر عام ١٣٢٦ هـ قانون يسمى بقانون العائلات وكان القانون ينظم شئون الزواج والفرقة ولم تقتصر أحكامه على المذهب الحنفي بل عدته إلى غيره من المذاهب الإسلامية الأخرى ومن هنا انتهت فكرة التقيد بمذهب معين .

تقنين الفقه الإسلامي في مصر :

لم تعمل مصر بما جاء في المجلة العدلية لأنها كانت قد استقلت عن تركيا قبل إلزام الناس بهذه المجلة بالإضافة إلى أن الخديوى إسماعيل ، رفض البتة العمل بالمجلة تخلصاً من التبعية التركية ورغبة منه في الاستقلال المطلق عنها إلا أن الحاجة كانت ماسة حين ذاك إلى القوانين فاتجه المشرعون إلى القوانين الغربية — وخصوصاً القانون الفرنسي — يأخذون منها مايحتاجونه لتنظيم شئونهم ولم يعملوا بالشريعة الإسلامية . بحجة أنها قاصرة عن ركب التطور الحضارى وأن الكتب الفقهية يتعذر استخراج تلك القوانين منها فأحدثت هذه التحولات وتلك الأفكار استياء عند العلماء مما دعا الفقيه الكبير قدرى باشا إلى القيام بعمل يشبه تماماً المجلة العدلية ليثبت للناس ولأولى الأمر قصر نظرهم حيال الشريعة والفقه الإسلامى .

فقنن قانوناً للأحوال الشخصية واقتصر فيه على أحكام الحجر والوصية والميراث وغيرها وبلغت مواد هذه المجموعة ٦٤٧ مادة .

وكذلك ألف كتاباً أسماه مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان ، ويشتمل على ٩٤١ مادة وتراه كذلك يقنن أحكام الوقف فى كتاب سماه العدل والإنصاف فى مشكلات الأوقاف وكل هذه القوانين كانت مأخوذة من الفقه الحنفى .

غير أن عمل قدرى هذا كان إجتهاداً منه فقط أو كان عملا فردياً ليست له صفة رسمية — أى من قبل الحكومه — وعلى العموم فإن هذا العمل كان مرجعاً قيما لمن أراد أن يتصدى لمثل هذا العمل .

ولما ضاق الناس ذرعاً ببعض الأحكام المأخوذة من الفقه الحنفى والمعمول بها فى القضاء طالبوا المسئولين بالأخذ بالمذاهب الأخرى تيسيراً وتخفيفاً على الناس وقد استجاب أولوا الأمر لهذا المطلب فتكونت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحقانية لوضع قانون الأحوال الشخصية وبالفعل قامت اللجنة بإعداد المشروع الخاص بالزواج والطلاق وما يتبعهما وقد أخذت الأحكام من المذاهب الإسلامية المشهورة وقد طبع هذا القانون سنة ١٩١٦ ثم أعيد طبعه عام ١٩١٧ م .

وفى سنة ١٩٢٠ صدر مرسوم بقانون رقم ٢٥ خاص بأحكام الزواج والطلاق والنفقة والعدة والمفقود وكان هذا القانون يشتمل على ١٤ مادة واستمدت أحكامه من المذاهب المشهورة .

واستمر الحال كذلك حتى عام ١٩٢٦ م إذ تقدمت وزارة العدل (فى ذلك الحين) بمذكرة اقترحت فيها تشكيل لجنة تقوم بوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية وما يتفرع منها والأوقاف وللمواريث والوصية

وغيرها دون التقيد بمذهب معين بل تؤخذ من جميع المذاهب ما تراه صالحاً ومحققاً لمصلحة الناس وملائماً لحالة المجتمع .

وقد وافق مجلس الوزراء على ذلك وكونت اللجنة بالفعل وأخرجت القوانين الخاصة بالمواريث سنة ١٩٤٣ والوصية والوقف سنة ١٩٤٦ .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية وضم اختصاصها إلى المحاكم الوطنية فكرت وزارة العدل فى وضع قانون شامل للأحوال الشخصية يسهل الرجوع إليه فشكلت لجنة لاختيار أحكامه من الفقه الإسلامى وقد يصدر قريباً .

المبحث الثانى

المذاهب الفقهية

نشأت أغلب المذاهب الفقهية الجماعية فى عصر ازدهار الفقه الإسلامى. أى فى الفترة التى تبدأ من أوائل القرن الثانى الهجرى تقريباً وتنتهى فى منتصف القرن الرابع .

ما المقصود بالمذاهب الجماعية ؟

ويقصد بالمذاهب الفقهية الجماعية تلك المذاهب التى تكونت من إمام المذهب مضافا إليه عمل التلاميذ .

فيكون المذهب مكوناً من آراء وأقوال الإمام واجتهادات التلاميذ فى المسائل التى لم يتعرض لها إمامهم أو كان قد تعرض لها ولكن اختلفت وجهة الأنظار فيها أمامهم .

ومن أمثلة المذاهب الجماعية المذهب الحنفى والشافعى فإن تلاميذ هذه المذاهب الجماعية قاموا بنشر مذاهبهم وتدوينها مما ساعد ذلك على بقائها حتى الآن .

أما المذاهب الفردية :

فهى ما كونت من فقيه واحد وقد وجدت هذه المذاهب فى عصر الصحابة والتابعين ولم يكن لتلك المذاهب أتباع يقومون بتدوينها ونشرها واستتبع هذا لا محالة انتهاء تلك المذاهب بانتهاء أصحابها .

أشهر المذاهب الفقهية :

وأشهر المذاهب التى نقلت إلينا وظلت باقية حتى الآن هى المذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى وهذه المذاهب تسمى بمذهب أهل السنة .

وقد بقى أيضاً من مذاهب الشيعة المذهب الزيدى والإمامى وهناك بعض مذاهب لم يكتب لها البقاء بل انقرضت ولم يطل العمل بها .

كمذهب الأوزاعى المتوفى عام ١٤٧ ﻫ ومذهب سفيان الثورى المتوفى عام ١٦١ ﻫ ومذهب الليث بن سعد المتوفى سنة ١٧٥ ﻫ ومذهب داود الظاهرى المتوفى ١٧ ﻫ ومذهب ابن جرير الطبرى المتوفى عام ٣٠٠ ﻫ

وغيرها من المذاهب فيقال إنه كان هناك مايقرب من خمسمائة مذهب إلا أنها انقرضت (١) .

المذهب الحنفى

مؤسس المذهب أبو حنيفة وهو النعمان بن ثابت بن زوطى ، ويذكر أغلب المؤرخين أنه ولد بالكوفة سنة ٨٠ ﻫ ومات ببغداد سنة ١٥٠ ﻫ

١ — نشأته :

نشأ أبو حنيفة بالكوفة وقد أدرك فى حياته أربعة من الصحابة هم أنس ابن مالك بالبصرة وعبد الله بن أبى أوفى بالكوفة وسهل بن سعد الساعدى بالمدينة وأبو الطفيل عامر بن واثلة بمكة ولم يلق أحداً منهم وقيل بل لقى أنساً بن مالك وروى عنه حديث طلب العلم فريضة على كل مسلم .

وأبو حنيفة من أتباع التابعين وقيل إنه من التابعين لأنه قد حج مع أبيه ولقى بالمسجد الحرام عبدالله بن الحرث الزبيدى الصحابى وسمعه يقول : قال رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من تفقه فى دين الله كفاه مهامه ورزقه من حيث لا يحتسب .

وكان أبو حنيفة خزازاً يبيع ثياب الخز بالكوفة وقد عرف بصدق المعاملة والنفرة من المماكسة وكان حسن الوجه حسن المجلس سخياً ورعاً ثقة لا يحدث إلا بما يحفظ .

---

(١) اختلاف الفقهاء للطبرى ص ١٤ .

سلم له حسن الاختيار ، وتدقيق النظر ، وجودة الفقه ، فيه قال ابن مالك أفقه الناس أبو حنيفة ما رأيت فى الفقه مثله .

وقال الشافعى : الناس فى الفقه عيال على أبى حنيفة .

وقال جعفر بن الربيع . أقمت على أبى حنيفة خمس سنين فما رأيت أطول صمتا منه فإذا سئل عن الشىء من الفقه تفتح وسال كالوادى وقد قال الحسن بن عمارة بعد أن تولى غسله : رحمك الله وغفر لك لم تفطر منذ ثلاثين سنة ولم تتوسد يمينك بالليل منذ أربعين سنة

وكان لاشتغاله بالتجارة أثران بارزان فى حياته : اكتسابه كثيرا من المعارف العملية واستغناؤه عن السلطان وعزوفه عن تولى المناصب .

٢ — شيوخه

درس أبو حنيفة الفقه فى مدرسة الكوفة وكان لهذه المدرسة طابع خاص فى استعمال الرأى .

وكان من أعلام هذه المدرسة عبدالله بن مسعود وكان له تلاميذ عدة كان أبرزهم مسروق وعلقمة وشريح ثم أخذ إبراهيم النخعى عن هؤلاء ثم جاء من بعده حماد بن أبى سليمان فجمع ذلك كله فى صدره وأسلمه لأبى حنيفة فصاغه مذهباً .

وقد أخذ أبو حنيفة عن كثير من العلماء كعطاء عن أبى رباح وهشام ابن عروة ونافع مولى ابن عمر لكن الذى أخذ عنه أكثر وتأثر به أستاذه حماد بن أبى سليمان الأشعرى فلزمه بو حنيفة — ثمانى عشر سنة — حتى مات

٣ — امتناع أبى حنيفة عن تولى القضاء :

فقد روى انه عرض تولى امر القضاء على أبى حنيفة مرتين فرفض — إحداهما فى العصر الاموى فقد عرض عليه — ابن هبيره والى العراق من

قبل بنى أمية — قضاء الكوفة فأبى فضربه مائة سوط وعشرة أسواط وهو مصر على الامتناع فلما رأى ذلك خلى سبيله .

والثانية فى العصر العباسى وذلك لما كان زمن المنصور الخليفة العباسى اشخص أبا حنيفة من الكوفة إلى بغداد وأراد أن يوليه القضاء فأبى فحلف عليه ليفعلن فحلف أبو حنيفة لا يفعـــل فقال الحاجب ألا ترى أمير المؤمنين يحلف ؟

فقال : أمير المؤمنين أقدر على كفارة أيمانه منى .

ويروى عن الربيع بن يونس أنه قال : رأيت أمير المؤمنين المنصور يناذل أبا حنيفة فى أمر القضاء وأبو حنيفة يقول اتق الله ولا تشرك فى أمانتك إلا من يخاف الله والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب وإنى لا أصلح لذلك فقال له كذبت أنت تصلح فقال : قد حكمت على نفسك فكيف يحل لك أن تولى قاضياً على أمانتك وهو كذاب .

٤ — أصول مذهبه ومنهجه فى الاجتهاد :

وكانت طريقته فى الاستنباط : ما قاله هو عن نفسه « إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته فإذا لم أجده فيه آخذ بسنة رسول الله صلى الله عليه والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات .

فاذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسوله أخذت بأقوال أصحابه آخذ بقول من شئت وأدع قول من شئت ثم لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم فاذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلى أن اجتهد كما اجتهدوا » فهذا النص يبين لنا المصادر التى أسس عليها أبو حنيفة مذهبه وهى كالآتى :

١ — الاحتجاج بالقرآن الكريم فما وجده فيه لا يبحث عنـــه فى غيره لأنه الأصل فى التشريع .

ثانيا — الاحتجاج بالسنة : فما لم يجده فى القرآن ووجده فى السنة أخذ به ولا يعدل عنه إلى غيره ولكنه كان لأبى حنيفة فى الاحتجاج بالسنة مسلك خاص عرف به ، وذلك أنه يتشدد فى قبول الحديث .

ثالثاً : الاجماع : ثم كان يحتج بعد الكتاب والسنة بالإجماع متى وجد ونقل نقلا موثوقا به ثم هو كان يحتج بالإجماع العام لا الخاص ببلد أو أقليم

رابعاً — القياس : ثم كان يحتج بعد ذلك بالقياس وكان لتشدده فى قبول الحديث أثر كبير فى جعل القياس أساساً كبيراً من أسس التشريع فى فقهه .

خامساً — توسع فى الأخذ بمبدأ الاستحسان أكثر من غيره فكثيراً ما كانت تلجئه المصلحة أو العرف أو الضرورة فى الأخذ بالاستحسان .

٥ — رد بعض المزاعم :

وجه بعض الناس إلى الامام أبى حنيفة طعونا هو منها براء لأن شهادة التاريخ له وما تركه من آثار يرد تلك المزاعم الباطلة عن فقيه عظيم من فقهاء الاسلام ومن هذه المزاعم :

أولا : أن أبا حنيفة توسع فى استعمال القياس وأهمل السنة حيث لم يبين مذهبه إلا على سبعة عشر حديثاً وكان أكثر الذين عادوا أبا حنيفة هم رجال الحديث حتى أحصوا عليه أنه خالف الحديث نحو مائتى مسألة . وردنا على هذا:

أن هذا زعم فاسد فان ابا حنيفة لم يعمل بالقياس فى مواجهة الحديث الصحيح ابداً وان الأحاديث التى أنكرها هى التى لم تثبت عنده لأنه كان كل ما هنالك يحتاط فى الرواية لا غير ويتثبت منها وقد روى عنه انه كان يقول: « إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات » .

وما قيل من أنه لم يرو إلا سبعة عشر حديثاً فردود أيضاً بما أنه قد روى عنه مائتي وخمسة عشر حديثاً .

وقد جمع تلاميذه الآثار التي رووها عنه مثل مسند أبي يوسف ومسند محمد بن الحسن ومسند الحسن بن زياد وقد جمع كل هذه المسانيد قاضي القضاة أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٥٦٥ ﻫ في كتاب سماه جامع المسانيد طبع فيمصر سنة١٣٢٦ وقد أخذه من خمسة عشر مسنداً جمعها لأبي حنيفة فحول علماء الحديث وكل هذا يدلنا على أن أبا حنيفة كان عنده من الأحاديث والآثار مايدفع هذا الوهم وذاك الزعم .

ثانياً : وقد طعن بعض الناس على أبي حنيفة وأسرفوا في التجني عليه فقالوا إنا أبا حنيفة أخذ بمبدأ الحيلة في فتواه وأنه أول من أنشأ الحيل ، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل قالوا إنه وضع كتاباً في الحيل .

وقالوا إن هذا يتنافى مع مقاصد الشريعة لأن الله تعالى إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات لأجل مصالح الناس في المعاش والمعاد أما كون العبد يتحايل على إسقاط الواجبات وتحليل المحرمات فهذا تعطيل لشرع الله وسعى في دين الله بالفساد .

وردنا على هؤلاء :

إن الحيل نوعان نوع جائز شرعاً فيجوز مزاولته والأخذ به ، ونوع غير جائز شرعاً فلا تحل ممارسته ولا العمل به . وهذا النوع هو الذى نهى عنه رسول الله ﷺ بقوله : لاترتكبوا ما ارتكبت اليهود لتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل .

فالحيل المذمومة هي ما هدمت أصلا شرعياً أو أدت إلى إسقاط حق واجب ومثل هذه الحيل هي الممنوعة شرعاً . كمن ارتدت للخلاص من زوجها .

— أما الحيل الجائزة شرعاً فهى ما تكون مخلصاً شرعاً لمن ابتـــلى بحادثة دينية فهى استخراج فقهى للخروج من مأزق مع عدم التعدى على أحد أو ارتكاب أى محرم . وذلك كأن يحتال إنسان للتوصل إلى حق أو على دفع ظلم بطريقة مباحة .

ومن يتتبع حيل أبى حنيفه يجدها من هذا النوع أى من الحيل الجائزة شرعاً ويدلنا على ذلك ماروى :

أن الأعمش حلف بطلاق امرأته إن أخبرته بفناء الدقيق أو كتبت به أو راسلته أو ذكرت لأحد ليذكره له أو أومأت له فسألت أبا حنيفة فاحتال لخرج لهذا فقال لها . إذا انتهى الدقيق فشدى جراب الدقيق على ثوبه وهو نائم فإذا أصبح أو قام من الليل علم خلاء الجراب وفناء الدقيق .

وما قيل من أن أبا حنيفة قـــد ألف كتاباً فى الحيل فهو مردود أيضاً لتناقض الروايات فى ذلك

وقد أسرف أتباع المذاهب ـ وخصوصاً الحنفية الشافعية ـ فى التحايل وخرجوا بالأحكام الشرعية عن مقاصدها وأغراضها والأئمة براء من ذلك .

ويقول ابن القيم(١) : والمتأخرون أحدثوا حيلا لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة ونسبوها إليهم وهم مخطئون فى نسبتها إليهم ولهم مع الأئمة موقف بين يدى الله عز وجل ومن عرف سيرة الشافعى وفضله ومكانته فى الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ولا بالدلالة عليها ولا كان يشير على مسلم بها وأكثر الحيل التى ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم .

---

(١) إعلام الموقعين ص ٣ ، ص ٢١٨ .

٦ — أبو حنيفة والفقه التقديري : كان أبو حنيفة رحمه الله لا يتحرج من الفتيا فكان يحكم في المسائل ما وقع منها وما لم يقع ، وكان يقول لقتادة : إن العلماء يستعدون للبلاء ويتحرزون منه قبل وقوعه .

ولذلك كان كثيراً ما سئل وكثيراً ما أجاب فنما على يديه علم الفقه .

٧ — تلاميذه : أما تلاميذه الذين انتسبوا إليه انتساب المتعلم للمعلم وكانت لهم اليد الطولى في تفريع الفروع وإعداد الجواب عنها فأشهرهم :

أولا — أبو يوسف :

وهو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ولد بالكوفة في عام ١١٢ هـ ومات بها عام ١٨٢ هـ .

تفقه على :

ابن أبي ليلى

وأبي حنيفة : وكان أبو حنيفة يمده بالمال لفقره .

ولقي مالكا : وناظره وأخذ عنه الحديث والفقه ورجع عن بعض آرائه إلى قول مالك والحجازيين .

وروى : عن عطاء بن السائب وهشام بن عروة وأبي إسحق الشيباني

وتولى القضاء : لثلاثة من الخلفاء — المهدي ثم الهادي ثم هارون الرشيد — وقد ولي القضاء عام ١٦٦ هـ ولم يزل قاضياً حتى مات ، وكان أبو يوسف أفقه أصحاب أبي حنيفة وأكثرهم رواية للحديث . وقد أفاد أبو يوسف فقه أبي حنيفة من وجوه :

١ — فلقد كان لتولية أبي يوسف منصب القضاء فضل عظيم على فقه أبي حنيفة إذ مكنه هذا المنصب من أن يولي كل القضاة من الحنفية وكان هذا من الأسباب التي أدت إلى نشر المذهب وتأييده .

٢ — وقد أكسبه منصب تولي القضاء بعض الخبرات العملية واطلاع على بعض شئون الدولة وقد أفاده كل هذا في نهجه وفكره .

٣ — وكان لاتصال أبي يوسف بالمحدثين والرواة الشيء الذي أعانه على تقوية المذهب بالحديث .

٤ — وكان أول من صنف الكتب في المذهب ولقد كان له مؤلفات عدة ولكن لم يصلنا منها سوى كتاب الخراج والرد على سير الأوزاعي .

ثانياً — محمد بن الحسن الشيباني :

هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ولد بواسط ١٣٢هـ أثناء سفر والده من الشام إلى العراق وأصله من قرية ضاحية دمشق — حرستا — نشأ بالكوفة وحضر مجلس أبي حنيفة ولكن لم يصاحبه طويلا فقد مات أبو حنيفة وعمر محمد نحو ثماني عشرة سنة .

وتتلمذ لأبي يوسف ، ودرس على مالك بالمدينة نحو ثلاث سنين وروى عنه الموطأ وكان لذلك أثر الاختلاف بين الحجازيين والعراقيين .

وأخذ عن الأوزاعي والثوري .

وعندما رحل الشافعي إلى العراق لازم محمد بن الحسن وتفقه عليه وكان بينهما مناظرات أثرت في اجتهاد الشافعي واستنباطه .

كتبه :

ومن أشهر ما وصل إلينا من مؤلفاته الستة التي تحت أيدينا الآن :

كتاب الجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير والزيادات وكتاب الأصل المعروف بالمبسوط .

فضله على الفقه :

١ — لقد استطاع أن يطعم فقه أبي حنيفة بالحديث وفقه المدينة لاتصاله بالإمام مالك والشافعي وكان حلقة اتصال بين أهل الحديث والرأي .

٤ — وكان محمد رحمه الله من أمهر أصحاب أبي حنيفة تفريعاً للمسائل وكان لمؤلفاته الفضل العظيم في حفظ ذلك التراث الفقهي الهائل لأنها كانت عماد الباحثين في الأزمنة المتعاقبة .

ثالثاً — زفر بن الهذيل : هو زفر بن الهذيل بن قيس وهو من تيم وكان أبوه والياً على البصرة ولد ١١٠ هـ وتوفى عام ١٥٨ هـ

وكان من أشهر أصحاب أبى حنيفة وأمهرهم فى القياس .

روى عن المزنى صاحب الشافعى .

أنه جاء رجل فسأله عن أهـل العراق ، قال ما تقول فى أبى حنيفة ؟ قال : سيدهم قال : فأبو يوسف قال اتبعهم للحديث قال : فمحمد بن الحسن ؟ فى تركيا والعراق والباكستان وأفغانستان .

المذهب المالكى

الإمام مالك وحياته العلمية :

هو مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى : نسبة إلى ذى أصبح قبيلة فى اليمن : قدم أحد أجداده إلى المدينة وسكنها .

وجده الأعلى أبو عامر صحابى جليل شهد المشاهد كلها مع النبى ﷺ إلا بدراً ، ولد مالك بالمدينة سنة ثلاث وتسعين — ٩٣ هـ وتوفى سنة ١٧٩ هـ ، وهو من تابعى التابعين على الصحيح وظل فى المدينة طوال حياته ولم يرحل عنها إلا إلى مكة حاجاً .

شيوخه :

وقد استهل مالك حياته بطلب العلم فاشتغل به فى باكورة صباه ، وقد تتلمذ على اول شيخ له وهو عبدالرحمن بن هرمز ، وقد لازمه مالك مدة طويلة لم يختلط بغيره .

وكان شيخه فى الفقه : ربيعة بن فروخ المعروف بربيعة الرأى .

وروى عن : ابن شهاب الزهرى أحد الفقهاء والمحدثين ، وعن نافع مولى ابن عمر وهشام بن عروة وعبدالله بن دينار ويحيى بن سعد .

جلوسه للإفتاء :

ولما بلغ سبعة عشر عاماً جلس للفتيا والتدريس بعد أن شهد له شيوخه بالحديث والفقه روى عنه أنه قال : ما جلست للفتيا والحديث حتى شهد لى سبعون شيخاً من أهل العلم أنى مرضاة لذلك .

شهادة العلماء له

وقد أثنى على الإمام مالك الشافعى حيث قال : مالك حجة الله على خلقه ، وقال ابن مهدى : ما رأيت أحداً أتم عقلا ولا أشد تقوى من مالك .
وقال الليث بن سعد : مالك عالم تقى علم مالك أمان لمن أخذ به من الأنام .

الرواة عنه :

ذاع صيت الإمام مالك فى جميع الأقطار الإسلامية وطبقت شهرته الآفاق فارتحل الناس إليه من كل مكان حتى قيل إنه روى عنه ما يقرب من ألف وثلثمائة من أعلام الأقطار الإسلامية وقد أجمع العلماء على إمامته ودينه وروعه ووقوفه مع السنة ، ويعتبر الإمام مالك فقيه الحجاز كما اعتبر أبو حنيفة فقيه العراق .

الإمام مالك والخلفاء :

هذا وقد حدث للإمام مالك أنه قد تعرض لبعض الإهانات من الخلفاء ، وقد اختلف فى سبب ذلك فقيل :

إنه أفتى بعدم وقوع طلاق المكره وقد كان العباسيون يكرهون الناس على الحلف بالطلاق عند البيعة فرأوا أن فتوى مالك هذه تنقض البيعة ، وتهون الثورة عليهم ، ويروى أن المنصور نهى مالكا عن التحدث بحديث « ليس على مستكره طلاق » إلا أن الإمام مالكا كان يحدث به على رؤوس الأشهاد فضربه بالسياط ومدت يده حتى انفكت كتفه قالوا :

فما زال مالك بعد هذا الضرب فى رفعة من الناس وعلو من أمره حتى كأنما كانت تلك السياط حلياً حلى بها (١) :

وقيل : إن ابن القاسم سأل مالكا عن البغاة : أيجوز قتالهم ؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز قال : فإن لم يكن مثله ؟ فقال : دعهم ينتقم الله من ظالم لظالم ثم ينتقم من كليهما . فكانت هذه الفتوى من أسباب محنته إلا أنا نرى بعد ذلك أن الأمور قد تغيرت وصار الخلفاء يتقربون من الإمام مالك .

فهذا هو المهدى يتشاور مع الامام مالك فى أمور تتعلق ببناء البيت الحرام وذاك الرشيد يزور الإمام مالكا عندما رحل هارون إلى الحجاز للحج ويقال إن أبا جعفر المنصور لما لقى مالكا فى الحج طلب منه أن يضع كتابا للناس يتجنب فيه شدائد ابن عمر ورخص ابن عباس وشواذ ابن مسعود إلا أن هذه الأمنية لم تتم لأن مالكا كره تقليد الناس اه .

منهجه فى الاجتهاد :

كان للإمام رحمه الله مسلكا خاصاً فى الاستنباط يخالف فى ذلك أغلب أهل العلم فهو فوق اعتماده المصادر الأربعة المعروفة وهى — الكتاب والسنة والإجماع والقياس — كان يعتمد فى استنباطه على أدلة أخرى كعمل أهل المدينة والمصالح المرسلة وقول الصحابى وسد الذرائع والاستحسان، وكان لهذا أثر كبير فى اتساع مجال الخلاف بينه وبين غيره فى الأمور الآتية :

١ — السنة:

فكان لا يشترط فى قبول الحديث ما يشترطه الحنفية والشافعية ، ولكنه كان يشترط فى قبول خبر الواحد ألا يخالف عمل أهل المدينة وكان عمدته فى الحديث ما رواه علماء الحجاز .

(١) الانتقاء ص ٤٢

وكان كذلك لا يشترط فى قبول الحديث الشهرة فيما تعم به البلوى كما اشترط الحنفية وكان لا يرد خبر الواحد لمخالفته القياس ولا يقدم القياس على خبر الواحد ويعمل بالمرسل .

ولا يفهم من هذا كله أنه كان يتساهل فى قبول الحديث ، لا ، فإنه كان شديد التحرى والتدقيق فى قبول الحديث .

٢ — عمل أهل المدينة :

حجة عند الإمام مقدم على القياس وعلى خبر الواحد لأنه عنده أقوى منهما إذ عملهم بمنزلة روايتهم عن رسول الله ﷺ

وقد نازعه فى ذلك أكثر فقهاء الأمصار ولم يروا فى عملهم حجة لأنهم ليسوا محلا للعصمة .

وكتب إليه الليث بن سعد رسالة طويلة فى هذا وناقش الشافعى هذه المسألة فى كتابه الأم .

٣ — المصالح المرسلة :

ومعنى المصالح المرسلة : المصالح التى لم يشهد لها فى الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين وكانت ترجع إلى حفظ مقصود شرعى بعلم كونه مقصوداً بالكتاب أو السنة أو الاجماع ولا خلاف فى اتباعها إلا عند ما تعارضها مصلحة أخرى فعند ذلك يقدم العمل بها عند الإمام مالك .

ومن ذلك المفقود زوجها إذا اندرس خبره ولم يعلم موته ولا حياته وقد انتظرت سنين وتضررت بالعزوبة ، قضى مالك بأنها تتزوج بعد أربع سنين من انقطاع الخبر مرجحاً مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج الغائب.

٤ — قول الصحابى :

إذا صح عنده وكان من أعلام الصحابة ولم يخالف الحديث المرفوع الصالح للحجية عنده مقدم على القياس وقد بالغ الغزالى — فى المستصفى —

فى الرد على هذا الأصل مستدلا بأن الصحابة ليسوا على العصمة فلا ينتج قولهم ما يقطع به فى الحجية .

● — قال بالاستحسان فى مسائل كثيرة :

كتضمين الصناع وجبر صاحب الفرن والرحى والحمام على المؤاجرة للناس على سواء إلا أنه لم يتوسع فى القول به توسع الحنفية .

الموطأ :

وأعظم ما اشتهر به الامام مالك هو ما كتبه ونقله إلينا الرواة عنه كتابه المعروف بالموطأ .

ومن كتاب ألفه الامام مالك رضى الله عنه ودون فيه ما فتح الله به عليه من فقه وحديث وآثار .

وكتاب الموطأ يجمع بين الحديث القوى عن أهل الحجاز وأقوال الصحابة وفتاوى التابعين كما يشتمل على اجتهادات الإمام مالك الخاصة .

وقد رتبه الامام مالك على حسب النهج المعروف فى كتب الفقه من حيث الترتيب والتبويب

وكتاب الموطأ هذا قد ضم بين جنبيه الحديث والفقه ومن هنا رأينا العلماء يقولون عنه إنه كتاب حديث وفقه .

فهو كتاب حديث لأن أغلب ما فيه حديث عن رسول الله ﷺ أو أثر من آثار الصحابة والتابعين .

أما كونه كتاب فقه فلأنه قد رتب على النمط المعروف فى كتب الفقه ، حيث يذكر كتاب الطهارة والصلاة والزكاة والصوم وهكذا ، وقد اضطربت كلمة الناس فى الحكم على كتاب الموطأ هل هو كتاب حديث أم كتاب فقه والحق أن كتاب الموطأ هو كتاب فقه لا حديث لأن الامام مالكا لم يلتزم .

فى طريقة تأليفه الطريقة المعروفة فى تدوين الأحاديث كما هو الحال فى صحيح البخارى وصحيح مسلم .

وعلى هذا فلم يكن الموطأ يعد من كتب الحديث ولم يأخذ مكانه بجانبها فالواقع أن كتاب الموطأ هذا أقرب إلى الفقه منه إلى الحديث حيث لم يشتمل على جميع أبواب كتب الحديث حتى أن الإمام مالكا كان فى بعض أبوابه لم يذكر حديثاً واحداً ويكتفى بالفتاوى وليست هكذا كتب الحديث ولا صنيع المحدثين .

طريقة الإمام مالك فى تأليف الموطأ :

وقد التزم الإمام مالك رضى الله عنه — الطرق الآتية فى تأليفه لكتابه الموطأ فكان يجمع الأحاديث المتعلقة بالموضوع الواحد ويقوم هو بدوره فيشرح عبارة هذه الأحاديث شرحاً فقهياً ويفسر ما فيها من كلمات لغوية أو غامضة ، وتارة أخرى يذكر عقب الحديث بأنه سئل فى كذا فأجاب بكذا استناداً إلى الدليل الموجود معه .

وفى بعض الأحيان كان يذكر عقب إنتهاء الحديث بعض التفريعات والمسائل التى تفرع على الحديث ويذكر حكمها .

وكان من طرقه أيضاً فى تأليفه للموطأ أن يذكر المسألة ثم يذكر حكمها مؤيداً ذلك بالدليل .

وفى بعض الأحيان كان يذكر فى حكم المسألة رأى علماء أهل المدينة . فيقول ما نصه « الأمر الذى لا خلاف فيه عندنا كذا »

ما هى مدة تأليف الموطأ :

وأخذ تأليف الموطأ من الإمام مالك رضى الله عنه جهداً شاقاً ووقتاً طويلاً حيث كتبه وصنفه وهذبه فى نحو ما يقرب على أربعين عاماً ؛

وكان حجم كتاب الموطأ أكبر مما هو عليه الآن .

فيقال إن جملة ما حواه من الأحاديث كانت تربو على العشرة آلاف . إلا أن مالكا رحمه الله صار يهذبه وينقح فيه ويخلصه من كل الشوائب والطعون حتى صارت أحاديثه ألفاً وسبعمائة وعشرين حديثاً .

كيف نقل إلينا الموطأ :

يقال إن كتاب الموطأ قد نقل إلينا بعدة روايات أوصلها بعضهم إلى ثلاثين رواية إلا أنه لم يبق من هذه الروايات إلا روايتان .. وهي التي بين أيدينا الآن :

الأولى رواية يحي بن يحي الليثي المتوفى عام ٢٣٤ هـ والرواية الثانية لمحمد ابن الحسن الشيباني وهاتان الروايتان تختلف إحداهما عن الأخرى حيث قد وجدنا أن رواية الشيباني أقل من رواية ابن يحي .

ويرجع هذا الاختلاف :

إلى أن مالكاً رضي الله عنه كان دائم التغيير والحذف للاحاديث التي لم تثبت صحتها عنده ومن هنا فلم ينته من تأليفه للموطأ مرة واحدة بل أخذ ذلك منه زمناً طويلا ، حتى استقر في نهاية الأمر ووقف عند وضع معين ثابت ؛

كما أن الرواة سمعوا الموطأ في أزمان مختلفة لذا كانت رواياتهم متضاربة .

ما هي الدواعي (أو الأسباب) وراء تأليف الموطأ ؟

لم تتفق كلمة العلماء في الأسباب التي دفعت الإمــــام مالك لتأليف كتابه هذا .

فتارة يقولون : إن السبب فى ذلك ما رواه هو عن نفسه حيث قال :

لقينى أبو جعفر المنصور — يعنى فى الحج — فقال إنه لم يبق عالم غيرى وغيرك أما أنا فقد اشتغلت بالسياسة فأما أنت فضع للناس كتابا فى السنة والفقه تجنب فيه رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر وشواذ ابن مسعود ووطئه توطيئاً .

وتارة يقولون : إنه قد روى أن عبد العزيز عبدالله بن أبى سلمة الماجشون سبق مالكا فعمل موطأ ذكر فيه فقه أهل المدينة واجتهاداتهم وما اجتمعوا عليه من غير أن يذكر فى موطئه هذا أى حديث فلما رآه مالك أعجب به وشكره على هذا العمل وأثنى عليه إلا أنه قال لو كنت أنا الذى صنعت هذا لبدأت بالآثار ثم أتبعت ذلك بالكلام ثم عزم على تنفيذ هذا العزم فكان كتابه الموطأ هذا .

أثر كتاب الموطأ :

والموطأ من أبرز الكتب التى ألفت فى الحديث والفقه فهو من أسبق الكتب فى هذا الميدان وقد اهتم بنشره لفيف من العلماء .

فنشره محمد بن الحسن الشيبانى فى العراق ونشره ابن وهب وأشهب وعبدالرحمن بن القاسم فى مصر .

ويحيى الليثى فى الأندلس وأسد بن الفرات فى القيروان .

وكان لكتاب الموطأ أثر كبير فى الفقه الإسلامى على اختلاف العصور .

موقف الإمام مالك من الرأى :

ذاع بين الناس أن خطأ مالكا رضى الله عنه يكره الرأى ولا يستخدمه فى اجتهاداته ولا استنباطه الفقهى المعروف .

ويبدو أن زعامة الإمام مالك وإمامته لفقه وحديث الحجازيين وتمسكه بالحديث والآثار . هى التى أوجدت هذا الفهم عند الناس .

إلا أن المتتبع لفقه الامام مالك واجتهاداته يجد أنه قد استعمل الرأى فى كثير من المسائل حتى يسد به مطالب الحياة المتجددة والتى لا تفى بها النصوص .

وقد أقر مالك رضى الله عنه عن نفسه بهذا — أى باستخدام الرأى — فى كتابه الموطأ فنراه يقول فيه :

« فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الصحابة والتابعين وقد تكلمت فيه برأيى على الاجتهاد وما أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ولم أخرج من جملتهم إلى غيرهم » .

وقد وجدنا بعد ذلك اتهام بعض العلماء للامام مالك بالتوسع فى استعمال الرأى حتى قالوا عنه بأنه قد تعرق (أى صار عراقيا) .

وهناك شهادات لبعض الفقهاء تشير فى جملتها على استعمال مالك للرأى فلقد سئل الإمام أحمد بن حنبل : حديث من تأخذ ورأى من تنظر ؟

فقال : حديث مالك ورأى مالك .

وقال ابن معين : إن مالكا لم يكن صاحب حديث وكان صاحب رأى .

وقال الليث بن سعد : أحصيت على مالك سبعين مسألة قال فيها برأيه وكلها مخالفة لسنة الرسول صلى الله عليه وسلم .

ومن هذه الآثار :

لا نرى بعد ذلك حرجا من أن نقول إن مالكا رضى الله عنه كان من الذين يستعملون الرأى .

أعلام المذهب :

كان للامام مالك رحمه الله منزلة عظيمة فى الفقه والحديث . ومن هنا

رأينا كيف اتجه إليه العلماء من كل صوب وحدب يأخذون عنه وينشرون علمه وفقهه فى سائر الأقطار الإسلامية .

ويرجع الفضل الأكبر فى نشر مذهبه لطائفة من تلاميذه بعضهم من المصريين وآخرون من أفريقيا الشمالية والأندلس .

وكان على رأس هؤلاء التلاميذ وأشهرهم :

١ — عبد الرحمن بن القاسم مولى زبير بن الحارث العتقى .

ولد بالشام عام ١٢٨ هـ وتوفى بمصر عام ١٩١ هـ .

ودرس العلم على يد الإمام مالك وتتلمذ له قرابة عشرين سنة .

وأخذ الحديث عن مسلم بن خالد الزنجى شيخ الإمام الشافعى ومن تلاميذه الذين أخذوا عنه أصبغ بن الفرج ومحمد بن مسلمة وقد خالف الإمام مالك رضى الله عنه فى بعض المسائل ومن ثقة الناس فى اجتهاده أخذوا بقوله وتركوا رأى الإمام مالك وقد اختلف فى اجتهاده .

فقيل إنه مجتهد فى المذهب ولكن الأقرب إلى الحق أنه يعتبر من المجتهدين اجتهاداً مطلقاً لتوافر شروط الاجتهاد فيه ومنزلته فى المذهب المالكى كمنزلة محمد بن الحسن فى المذهب الحنفى .

وقد أثنى عليه كثير من العلماء .

فقال فيه مالك . مثله مثل جراب مملوء مسكا .

وقال فيه النسائى : ثقة مأمون .

وشهد له يحيى بن يحيى شيخ القضاة فى الأندلس بأنه أعلم الناس بفقه مالك وآمنهم عليه .

وكان ابن القاسم معروفا بجانب علمه بالتقوى والورع والزهد حتى كان لا يقبل جوائز من السلطان.

٢ — ابن وهب :

هو أبو محمد عبدالله بن وهب بن مسلم المصرى مولى ريحانة مولاة يزيد ابن أنس الفهرى .

ولد عام ١٢٥هـ ومات عام ١٩١هـ .

وأقبل على العلم وسنه سبعة عشر عاما وتفقه على الامام مالك الليث بن سعد وسفيان بن عيينه وقد لازم مالكا حتى مات .

وكان من الفقهاء الأفذاذ حتى قيل عنه : إنه أفقه من ابن القاسم إلا أنه كان يمنعه الورع عن الفتيا .

من علو مكانته فى العلم والفتوى :

كان يلقبه الامام مالك بأنه فقيه ومفت فكان إذا كتب إليه مالك كتاباً كان يقول : إلى فقيه مصر وإلى أبى محمد المفتى .

وقد أثنى عليه الامام مالك فقال فيه إنه عالم وإمام .

وكان محدثاً ثقة وقال ابن حبان : جمع ابن وهب وصنف .

وهو الذى حفظ على أهل مصر والحجازحديثهم وكان من العبادالورعين

وتلا عليه أهوال القيامة من تأليفه فخر مغشياً عليه .

قال الحارث بن مسكين : جمع ابن وهب الفقه والرواية والعبادة ورزق من العلماء محبة وحظوة وكان يسمى ديوان العلم .

قال ابو القاسم .

لو مات بن عيينه لضربت إلى ابن وهب أكياد الابل .

٣ — عبدالله بن الحكم المصرى :

ولد عبدالله بن الحكم بمصر عام ١٥٠هـ ومات سنة ٢١٠ .

وروى عن :

الامام مالك وسمع منه الموطأ سماعا . وروى أيضاً عن ابن وهب ابن القاسم وأشهب .

ولما نزل الشافعى رضى الله عنه بمصر مكث عند ابن الحكم فى داره حيث كان ذا شأن عظيم ومال كثير وتصادقا واستفاد من فكر الشافعى .

هؤلاء بعض المشاهير من المالكية الذين نشروا مذهب مالك فى مصر .

المذهب الشافعى

الشافعى :

نشأته : هو أبو عبدالله محمدبن إدريس بن العباس بن شافع القرشى المطلبى يلتقى مع النبى صلى الله عليه وسلم فى عبدمناف ولد الشافعى رضى الله عنه بغزة عام ١٥٠ هـ حين خرج والده فى حاجة إلى الشام فولدته أمه بغزة وقد توفى والده لعامين من مولده فرحل هو وأمه إلى مكة وحفظ القرآن هناك ودفعت به الأقدار إلى قبيلة هذيل وكانت هذه القبيلة من أفصح القبائل لساناً وأكثرهم شعراً فتعلم الشافعى اللغة والأدب والشعر وقد أكسبه كل هـذا فصاحة وبياناً .

ثم عاد إلى مكة فأخذ الحديث والفقه عن شيخه مسلم بن خالد الزنجى وسفيان بن عيينة ثم درس على مالك فى المدينة فحفظ عنه الموطأ وتعلم على يديه الفقه ولازم مالكا حتى وفاته عام ١٧٩ هـ .

ثم رحل إلى اليمن ليتولى وظيفته هناك إلا أنه اتهم فى اليمن بالتشيع ومناوءة هارون الرشيد فقبض عليه هو وجمع من العلويين وسيقوا إلى المحاكمة أمام الرشيد فى العراق وهيأ الله للشافعى الفضل بن الربيع فدافع عنه أمام الخليفة ولم تثبت إدانته فبرأه الخليفة وأخلى سبيله .

وفى هذه الأثناء التقى الشافعى بمحمد بن الحسن وكتبه فأخذ كثيراً من فقه العراقيين .

ثم سافر الشافعى رضى الله عنه إلى مصر عام ١٨٨ هو ظل متردداً من ذلك الحين (١٨٨) بين مصر وبغداد حتى استقر فى مصر عام ١٩٨ أو ١٩٩ واستقر بها حتى مات فى رجب سنة ٢٠٤ هـ

وقد أثنى عليه العلماء فقال داود الظاهرى :

كان الشافعى رحمه الله سراجا لحملة الآثار ونقلة الأخبار ومن تعلق بشىء من بيانه صار محجاجا .

وقال الامام أحمد بن حنبل : لولا الشافعى ما عرفنا فقه الحديث .

وكان الشافعى رحمه الله جيد التعبير عذب اللفظ عنده القدرة على الجدل والمناظرة ، حسن السيرة والسجية ، يتمتع بقدرة فائقة فى الاستنباط .

ثقافة الشافعى :

اجتمع لدى الشافعى رضى الله عنه ضروب من ألوان الثقافة والمعرفة ما لم تجتمع عند غيره وقد أعانه على ذلك تمتعه بعقلية ناضجة جعلته يستفيد من كل ألوان المعرفة التى تحيط به .

كذلك كثرة رحلاته فى البلدان المتفرقة فى العالم الاسلامى فلقــد تعلم طريقة وفقه الحجازيين فى مكة والمدينة كذلك تعلم اللغة والأدب — فى هذيل فضلا من أنه أحاط ببداوة أهل الحجاز وتلك القبائل .

كذلك اكتسابه طريقة أهل الرأى حينما رحل إلى العراق والتقى هناك بمحمد بن الحسن الشيبانى واطلع هناك على حضارة العراق .

وكذلك اكتسب واطلع على كثير من العادات والتقاليد السائدة فى اليمن حينما تولى بعض الوظائف هناك .

اطلاعه على حضارة المصريين وثقافتهم وعاداتهم حينما رحـل إلى مصر واستقر هناك .

فمما لا شك فيه أن هذه الرحلات قد أكسبته معرفة وعادات وتقاليد لم يكن يعرفها من قبل ـ وكان لكل هذا وذاك أثره على استنباطه واجتهاداته الفقهية وخرج من كل هذا بطريقة محددة المعالم فكانت طريقته وسطا بين طريقتي أهل الحديث وأهل الرأى .

كما تغير اجتهاده فى بعض الأحكام (وهو ما يسمى بالمذهب الجديد) وكان ذلك بمصر .

ميـل الشافعى الفقهى :

كان الشافعى رحمه الله يعتبر نفسه — فى بداية الأمر — أنه من رجالات الإمام مالك وأنه واحد من تلاميذه الذين يتعلمون فى مدرسته وينهجون طريقته وأصوله فى الفهم والاستنباط .

إلا أن هذه الوجهة قد تغيرت فى نظر الشافعى عندمـا أنس فى نفسه القدرة على الاجتهاد والاستنباط فاستقل عن شيخه الامام مالك وكون لنفسه طريقة ومذهباً وكان ذلك حين رجوعه إلى بغداد عام ١٩٠هـ .

وقد كان أبرز عمل فقهى للشافعى أمرين هما :

الأول : أنه درس ونظر وأمعن الفهم فى المذاهب المتقدمة عليه ومن بين هذه المذاهب مذهب أهل الحديث ومذهب أهل الرأى ووقف من هذا كله موقف المتأمل والمجتهد والمستنبط — الذى توفرت له وسائل الاجتهاد.

فاختار لنفسه طريقة وسطا من كل هذه الطرائق فكان مذهبه رحمه الله مذهبا وسطاً بين مذهبى أهل الحديث وأهل الرأى.

الأمر الثـانى : أنه رسم طريقة فقهية واضحة معينة حددت القواعد

والكليات والمنهج الذى ينبغى أن يكون عليه الاجتهـــاد فوضع القواعد والأصول .

وكان قبل ذلك (أى قبل الشافعى) لم تكن هناك طريقة محددة للعالم أو أصول واضحة تبين طرائق الاستنباط .

غاية ما هناك أنه كانت توجد كثرة فى التفريعات والمسائل ولم توجد الأصول إلا لماما وبدون دقة .

حتى أن جاء الشافعى فقعد قواعده ووضع القوانين الكلية التى يرجع إليها المتخصص .

حتى قيل إن الشافعى هو أول واضع لعلم الأصول (أى بالطريقـــة السالفة الذكر) .

يقول الفخر الرازى(١) : « كان الناس قبل الامام الشافعى يتكلمون فى مسائل أصول الفقه ويستدلون ويعرضون ولكن ما كان لهم قانون كلى يرجعون إليه فى معرفة دلائل الشريعة وفى كيفية معارضتها وترجيحها .

فاستنبط الشافعى علم أصول الفقه ووضع للخلق قانوناً كليا يرجع إليه فى معرفة مراتب أدلة الشرع فثبت أن نسبة الشافعى إلى علم الشرع كنسبة أرسطاطاليس إلى علم العقل .

أصول مذهبـــه :

أصدق شاهد على مسالك الشافعى فى الأصول والقواعد التى قام عليها مذهبه هو ما قاله بنفسه فى كتابه الأم حيث يقول :

« الأصل قرآن أو سنة فإن لم يكن فقياس عليهما ، وإذا اتصل الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصح الاسناد به فهو المنتهى والاجماع أكبر

(١) مناقب الشافعى للفخر الرازى ص ١٠٠ .

من الخبر المفرد والحديث على ظاهره وإذا احتمل المعانى فما أشبه منها ظاهره وأولاها به وإذا تكافأت الأحاديث فأصحها إسناداً فأولاها وليس المنقطع بشىء ما عدا منقطع ابن المسيب ولا يقاس أصل على أصل ولا يقال للأصل لم وكيف ؟ وإنما يقال الفرع لم فإذا صح قياسه على الأصل صح وقامت الحجة » .

ومن هذا النص نستطيع ان نقول :

إن القواعد التى بنى عليها الشافعى احكام مذهبه هى :

الكتاب والسنة والاجماع والقياس .

إلا انه قد تميز فى طرق الاستدلال بها عن غيره كما وجدناه قد خالفه فى بعض الأدلة التى اعتمدها غيره كعمل أهل المدينة والاستحسان وأقوال الصحابة .

وتلقى الضوء هذا فنقول :

١ — السنة : كان الشافعى رحمه الله يحتج بالاحاديث الصحيحة وكان كل شرطه فى قبول السنة هو الصحة والاتصال فقط ولا يشترط فى قبولها ما اشترطه مالك من عدم مخالفتها لعمل أهل المدينة وكذلك لم يشترط ما اشترطه ابو حنيفة من شهرة الحديث إذا عمت به البلوى .

وكان كذلك لا يحتج بالحديث المرسل إلا مراسيل سعيد بن المسيب التى وقع الاتفاق على صحتها فانه كان لا يرسل إلا عن ثقة .

والشافعى يخالف فى ذلك — اى فى عدم الاحتجاج بالحديث المرسل — أبا حنيفة ومالكا والثورى الذين كانوا يحتجون بها وكان الشافعى لا يقتصر فى العمل بالأحاديث الشائعة عند الحجازيين بل كان يعمل بالاحاديث الواردة عن غيرهم طالما تحقق فيها شرط الصحة والاتصال .

كذلك لم يعتبر الشافعى ترك الصحابة أو من دونهم أو أهل بلد أو قطر الحديث قد حأ فيه .

إذ قد يكون ذلك لغفلة عنه وعدم حفظه .

هذا وقد دافع الشافعى دفاعاً شديداً عن العمل بخبر الواحد وقد نال بهذا الدفاع منزلة كبيرة عند أهل السنة ـ وكان لهم الكلمة العليا حينذاك ـ ولهذا سماه أهل بغداد « ناصر السنة » .

وقد كان ذلك سبباً فى تأييدهم له ونشر مذهبه .

٢ ـــ قول الصحابى : كان الشافعى رحمه الله لا يبنى أحكام مذهبه على أقوال الصحابة لأنه يحتمل أن تكون هذه الأقوال قائمة عن اجتهاد يقبل الخطأ فلا يكون قولهم حجة .

٣ ـــ القياس : لم يتوسع الشافعى فى الاحتجاج بالقياس وكذلك لم يضيق العمل به بل كان وسطاً فى ذلك فلم يتشدد تشدد المالكية ولم يتوسع توسع الحنفية غاية ما هنالك أنه اشترط فى العمل به أن تكون علته منضبطة وألا يكون فى المسألة حديث صحيح ولو كان خبر آحاد .

٤ ـــ الاستحسان : لم يحتج الشافعى بالاستحسان بل أنكر العمل به وأثر عنه « من استحسن فقد شرع » حتى أنه ألف كتاباً فى إبطال الاستحسان أى الغير قائم على أصل شرعى .

٥ ـــ عمل اهل المدينة : لم يحتج الشافعى بعمل أهل المدينة بل أنكر الاحتجاج بعمل أهل المدينة ونقد مالكا فى هذا نقداً شديداً .

٦ ـــ وقد بنى الشافعى أحكام مذهبه على العرف والاستصحاب وجعلهما حجة فى بناء الأحكام .

المذهب القديم والمذهب الجديد للشافعى :

للشافعى مذهبان مذهب قديم وهو يمثل فكره واجتهاده الأول فى العراق أما المذهب الحديث فهو يمثل الاجتهادات التى تغيرت نظراً لتغير ظروف البيئة التى حل بها الشافعى وهى مصر .

فإن الشافعى لما عاد إلى العراق عام ١٩٥ هـ التف حوله العلماء وأخذوا عنه الفقه والعلم فأضافوا إلى معرفتهم علم الشافعى وفقهه مما تسبب عن ذلك تركهم لطريقة أهل الرأى وجذبهم الشافعى إليهم بعقله وعلمه وكتب حينذاك كتابه المسمى بالحجة وهو يمثل المذهب القديم وقد روى هذا الكتاب أربعة من كبار أصحاب الشافعى العراقيين هم أحمد بن حنبل والحسين الكرابيسى المتوفى سنة ٢٤٥ هـ وأبو ثور الكلبى المتوفى ٢٤٠ هـ والزعفرانى المتوفى ٢٧٠ هـ .

هذا عن مذهبه القديم .

أما مذهبه الجديد فقد كان عند ما رحل الشافعى رحمه الله من العراق إلى مصر عام ١٩٩ هـ وفى مصر اطلع الشافعى على عادات وتقاليد المصريين وبالطبع كانت تخالف ماعليه عادات وأعراف العراقيين وغيرهم ومن هنا تغير اجتهاده فى بعض المسائل نتيجة لهذا وسمى ذلك بالمذهب الجديد .

كتب الشافعى :

ومن أهم مؤلفات الإمام الشافعى رضى الله عنه كتاباه الرسالة والأم .

كتاب الرسالة :

وكتاب الرسالة هذا رواه عنه تلميذه المصرى الربيع بن سليمان المرادى وقد وضع فيه قواعد للاجتهاد وقوانين للاستنباط يتسلح بها المجتهد والمستنبط حتى لايتأتى الاجتهاد متناقضا . وهذا يؤدى إلى استقرار التشريع وعدم ضطراب الفروع .

وقد تكلم الشافعى فى رسالته هذه عن :

الناسخ والمنسوخ فى القرآن وكذلك العام والخاص فيه وتكلم كذلك عن الحديث ناسخاً ومنسوخاً وما يقبل وما لا يقبل وتكلم عن الإجماع. ثم تكلم فى إثبات القياس والاجتهاد ومتى يجب القياس ومتى لا يجوز ومن له أن يقيس .

ونقد الاستحسان ورد على القائلين به .

وهو بهذا يعتبر أول من وضع خطة فى البحث فى أصول الفقه اتبعها كل من أتى بعده من الفقهاء .

كتاب الأم : ومن آثار الشافعى العظيمة كتابه الأم وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادى كما رواه أيضاً أبو يعقوب البويطى ، أما الرواية التى بين أيدينا الآن فهى رواية الربيع وقد ثار حوله خلاف بين العلماء .

هل كتاب الأم من تأليف الشافعى أو ألفه البويطى ؟

والظاهر أن الشافعى أملاه على تلاميذه فى حلقة درسه فكتبوه وعلقوا عليه من عندهم .

وكتابنا هذا يقع فى سبعة أجزاء وقد رتب وبوب على حسب أبواب الفقه ومع هذا فقد احتوى على فصول فى أصول الفقه كالفصل الذى كتبه فى إبطال الاستحسان . والكتاب ثروة ضخمة وخير دليل لما عرف عن الشافعى من فصاحة العبارة وهو يمثل اجتهاده الذى تغير فى بعض المسائل (المذهب الجديد) نتيجة إقامته بمصر .

تلاميذه :

كان للشافعى رحمة الله طائفة من التلاميذ النابهين المخلصين الذين رفعوا لواء المذهب وعملوا على نشره وإذاعته فى الآفاق .

كان هؤلاء التلاميذ يسيرون على أصوله وقواعده ومنهجه فى الاستنباط فكانوا صورة صادقة للشافعى وطريقته .

وتلاميذ الشافعى كثيرون إلا أن أشهرهم فريقان فريق من العراقيين وآخر من المصريين .

فأما العراقيون فهم الذين رووا المذهب القديم منهم أحمد بن حنبل وأبو ثور الكلبي والزعفرانى والكرابيسى وأما المصريون وهم الذين رووا اجتهاد الشافعى الجديد فهم البويطى والمزنى والمرادى .

البويطى : وهو يوسف بن يحيى البويطى المصرى نسبة إلى بويط قرية من قرى الصعيد (بمحافظة بنى سويف) .

وكان من أكبر أصحاب الشافعى وخلف الشافعى فى الحلقة حيث جلس قائداً للحلقات العلمية لأستاذه العظيم وحل محله وكان يلتزم الإفتاء على مذهب الشافعى فى حياته .

وصنف كتاباً يسمى المختصر وفيه اختصر كلام الشافعى ومات البويطى رحمه الله عام ٢٣١ هـ .

المزنى : هو إسماعيل بن يحيى المزنى المصرى أخذ فقهه من الشافعى والتزم طريقته إلا أنه فى بعض الأحيان كان يخالف آراء الشافعى .

وقد صنف كتبا كثيرة فى المذهب منها المختصر المطبوع على هامش الأم ، والجامع الكبير ومات فى عام ٢٦٥ هـ .

المرادى : هو الربيع بن سليمان المرادى كان مؤذناً بجامع عمرو بالفسطاط .

ويقال إنه كان من أوثق الرواة فى المذهب حتى إنه قيل لو تعارضت روايته مع رواية المزنى كان أصحاب الشافعى يقدمون رواية الربيع على رواية المزنى . وكتاب الأم للشافعى الموجود الآن من رواية الربيع وتوفى عام ٢٧٠ .

المذهب الحنبلي

مؤسس المذهب :

هو الإمام أحمد بن حنبل وهو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، عربي الأصل من شيبان .

نشأته العلمية :

ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ ونشأ بها وعند بلوغه الخامسة عشرة بدأ العكوف على دراسة السنة يجمعها ويحفظها حتى صار إمام المحدثين في عصره .

وعندما تجاوز العشرين من عمره رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن . ثم رجع إلى بغداد ودرس على الشافعي من ١٩٥ — ١٩٧ هـ وكان من أكبر تلاميذه ثم أصبح مجتهداً مستقلا .

مناقبه :

وقد برز على أقرانه بحفظ السنة النبوية والذب عنها وجمع شتاتها وحسبك دليلا على ذلك كتابه المسند الذي حوى نيفاً وأربعين ألف حديث وقد أعطى من قوة الحفظ مالم يكن لغيره .

وقال أبو زرعة :

حزرت كتب أحمد يوم مماته فكانت اثنى عشر حملا وعدلا وكل ذلك يحفظ عن ظهر قلب .

قال ابنه عبد الله :

قال لي أبي : خذ أي كتاب شئت من كتب وكيع فإن شئت أن تسألني عن الكلام حتى أخبرك عن الاسناد أو عن الاسناد حتى أخبرك عن الكلام .

وانفرد في زمانه بغاية الورع والزهد .

قال الشافعى :

خرجت من بغداد وما خلفت فيها أفقه ولا أورع ولا أزهد ولا أعلم من ابن حنبل .

محنته :

وقد امتحن أحمد فى زمن المأمون والمعتصم والواثق بالضرب والحبس والإخافة والارهاب وأريد على القول بخلق القرآن فأبى كل الإباء وماوهن ولا ضعفت عزيمته لهذا الايذاء .

وامتحن فى أيام المتوكل بالتكريم والتعظيم وبسط الدنيا فما ركن إليها ولا إنتقل عن حالته الأولى .

أصول مذهبه :

قال ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين إن فتاوى أحمد بن حنبل مبنية على أصول خمسة (أحدها) نصوص القرآن والحديث المرفوع فإذا وجده أفتى بموجبه ولم يلتفت إلى ما خالفه ولا من خالفه كائناً من كان ولم يكن يقدم على الحديث الصحيح عملا ولا رأياً ولا قياسا ولا قول صحابى ولا عدم العلم بالمخالف الذى يسميه كثير من الناس إجماعا ويقدمونه على الحديث الصحيح وقد كذب أحمد من ادعى الإجماع ولم يسغ تقديمه على الحديث الصحيح .

(الثانى) فتاوى الصحابة عند عدم النص فإذا وجد لبعض الصحابة فتوى لا يعرف لها منهم مخالفاً لم يتجاوزها إلى رأى آخر دون أن يدعى أن ذلك إجماع بل يقول إنه لا يعلم شيئاً يخالف هذه الفتوى .

(الثالث) إذا اختلفت الصحابة تخير من أقوالهم أقربها إلى الكتاب والسنة ولم يخرج عن أقوالهم فإن لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكى الخلاف ولم يجزم بقوله .

(الرابع) الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف :

إذا لم يكن فى الباب شىء يدفعه وليس المراد عنده بالضعيف الباطل ولا المنكر ولا ما فى روايته منه بحيث لا يسوغ الذهاب إليه بل هو عنده قسيم الصحيح وقسم من أقسام الحسن .

(الخامس) القياس : هو عنده مستعمل للضرورة فلا ملجأ إليه إلا إذا لم يجد شيئاً من الأصول الأربعة المتقدمة .

هذا وقد عمل الإمام أحمد بالاستصحاب كالشافعى بل توسع الحنابلة فيه أكثر من غيرهم كما عملت المصالح المرسلة فى المسائل التى لا يجد فيها نصاً ولا أثراً ولا قياساً كذلك عمل بسد الذرائع .

قلة أتباع ابن حنبل والسبب فى ذلك :

نحن نعلم أن مذهب أحمد يعتمد اعتماداً كبيراً على الرواية وقليلا ما يعتمد على القياس وذلك من شأنه أن لا يغرى الناس بالركون إليه ما داموا يجدون فى المذاهب الأخرى متسعاً لكل ما يعرض لهم فى حياتهم عن طريق القياس أو الاستحسان أو المصالح المرسلة أو ما سوى ذلك ، يضاف إلى ذلك أن أتباع أحمد فى القرن الرابع كانوا فى بغداد ذوى كثرة وقوة ، فعملوا على ترويج مذهبهم بالعنف وأصبحوا يعارضون الناس فى كل ما يرونه مخالفاً للشرع ولا يفرقون فى شدتهم بين خاصة وعامة بل تعدوا إلى مقاومة الشافعية فى بغداد وإسرافهم فى أذاهم حتى ضاق بهم أكثر الناس فقام الخلفاء بمقاومتهم وتهديدهم إذا لم يقلعوا عن هذا الفعل فكان هذا من أتباع أحمد إعلاناً سيئاً عن جمودهم وسبباً مباشراً فى نفرة الناس منهم وإنك لترى أثر هذه السمعة باقيا إلى اليوم .

والمذهب فى ذاته مثل واضح لسماحة الدين مرآة للشريعة البريئة من الشوائب .

وهناك سبب ثالث وهو أن مذهب أحمد (قبل عهد بن سعود) لم يصادف حكومة تتعهده وتعمل على نشره فبقى قليل الأتباع فى البلاد الإسلامية حتى قامت الحكومة السعودية فى الحجاز فأصبح هناك غير مزاحم .

مكانته فى الفقه :

لم يعده كثير من المؤرخين مثل الطبرى والمقدسى وابن عبد البر فى زمرة الفقهاء وإنما عدوه من المحدثين ولم يذكره ابن قتيبة فى كتاب المعارف بين الفقهاء وقد أهمل مذهبه من ألفوا فى الخلافيات كالطحاوى والدبوسى والنسفى والغزالى وخالفهم فى ذلك بعض العلماء المتأخرين .

والحق أن أحمد كان صاحب مذهب فقهى مفصل ولم يقتصر على شرح الأحاديث كما يظهر ذلك واضحا من كتب المسائل وإن كان فى الوقت نفسه من أئمة المحدثين .

آثاره :

ولأحمد من الكتب (المسند) فى الحديث (رواية ابنه على) ويحتوى على نحو ثلاثين ألف حديث وكتاب (السنة موصل المعتقد إلى الجنة) وهى رسالة اعتقادية وكتاب (الزهد) وكتاب (الأشربة) وكتاب (الرد على الزنادقة) وكتاب (العلل والرجال) .

وبعض هذه الكتب مخطوط وبعضها مطبوع .

وقد قام تلاميذه من بعده بتدوين ما سمعوه منه من فتاوى ومن أهم ما دونوه عنه كتاب (مسائل عن على بن أحمد بن حنبل) .

وقد جمع أبو بكر أحمد بن محمد المتوفى فى سنة ٣١١ هـ نصوص مذهب أحمد فى كتابه « الجامع الكبير » .

أبرز علماء المذهب :

ومن أشهر الحنابلة الذين عملوا على نشر المذهب الأثرم أبو بكر أحمد ابن محمد بن هانى الخراسانى البغدادى المتوفى سنة ٢٧٣هـ وله كتاب السنن فى الفقه على مذهب أحمد وشواهده من الحديث أبو القاسم الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤هـ وله مصنف المختصر فى الفقه وعبد العزيز بن جعفر صاحب كتاب المقنع .

ثم جاء بعد ذلك العالم الجليل ابن تيمية صاحب الرسائل والفتاوى المشهورة وتلميذه ابن القيم .

وقد كان لهذين العالمين الكبيرين اليد الطولى فى نشر المذهب وتجدده ثم جاء من بعدهم محمد بن عبد الوهاب المتوفى سنة ١٣٠٦هـ وقد أستطاع أن يجعل المذهب الحنبلى هو المذهب المقلد لدولة ابن سعود فزاده ذلك نماء وتأييدا .

تلك هى المذاهب الأربعة المشهورة التى بقيت إلى يومنا هذا والتى أجمع المسلمون على تقليدها .

مذاهب الشيعة(١) .

وسوف أتعرض بإيجاز لمذاهب الشيعة التى انبثقت عن هذا الأصل —

نشأة الفرق الإسلامية

(١) كانت الخلافة هى المسألة التى اشتد نزاع المسلمين فيها وكان من أثره أن تكونت ثلاث فرق من أكبر الفرق الإسلامية وهى : =

وهو الشيعة — وأخص الكلام على المذهب الزيدى والإمامى والذى دفعنى لهذا هو الوقوف على مبادئها ومدى صلتها بالمذاهب السنية الأخرى .

---

١ — الشيعة الذين يرون أن الأحق بالخلافة بعد رسول الله على بن أبى طالب .

٢ — والخوارج القائلون بأن الخلافة يجب أن تكون باختيار حر بين المسلمين .

٣ — والمرجئة وهم الذين كرهوا هذا الخلاف وابتعدوا عن الفريقين وارجئوا الحكم فيها لله .

ولما انتهى المسلمون من الفتح ودخل فى الاسلام كثير من أصحاب الديانات الأخرى اليهودية والنصرانية والمجوسية والدهرية وغيرها أخذت تظهر أفكار جديدة صيغت من أصحاب الديانات القديمة فى ثوب دينهم الجديد . وكانت العراق وخصوصاً البصرة مظهرا لجميع الملل والنحل فقامت جماعة يقولون بحرية الارادة وعلى رأسهم معبد الجهنى وتكونت منهم فرقة القدرية كما كانت هناك جماعة أخرى يسلبون الانسان إرادته وعلى رأسهم جهم بن صفوان وتكونت منهم فرقة الجبرية .

وسط هذا الاضطراب الفكرى والمبادىء التى كونتها كل فرقة لنفسها قام جماعة من المخلصين يشرحون عقائد المسلمين عن طريقة القرآن ومن أشهرهم الحسن البصرى .

وكان من أثر اختلافه مع تلميذه واصل بن عطاء بأن تكونت فرقة المعتزلة التى كان لها الفضل الأكبر فى الدفاع عن العقيدة وكان هذا فى أوائل القرن الثانى الهجرى . وفى أواخر القرن الثالث ظهر الامام أبو منصور الماتريدى واشتغل بالرد على أصحاب العقائد الباطلة وتكونت منه ومن أتباعه فرقة الماتريدية .

مذهب الزيدية :

ومؤسس هذا المذهب هو زيد بن على زين العابدين بن الحسين وقد قتل زيد عام ١٢٢هـ وذلك على يد أمير الكوفة : يوسف بن عمر الثقفى .

= كما ظهر الامام أبو الحسن الأشعرى وأعلن انفصاله عن المعتزلة وأعلن مبادئه الجديدة التى وافق عليها خيرة علماء المسلمين وظهرت بهذا فرقة الأشاعرة . ومن هذين الفرقتين تكونت جماعة أهل السنة.

وسنكتب كلمة موجزة عن كل فرقة من هذه الفرق .

المرجئة

لما انقسم أتباع على بسبب رضائه التحكيم إلى خوارج وشيعة وكان الخوارج يكفرون عليا ومعاوية.

والقائلين بالتحكيم .

والشيعة منهم من يقول بكفر أبى بكر وعمر وعثمان ومن ناصرهم وكلاهما يكفر الأمويين ويلعنهم ويرون أنهم مبطلون . كان هذا سببا لأن جماعة من الصحابة كرهوا هذا النزاع وسلكوا طريقا خاصا حتى تنجلى الفكرة فقالوا بإيمان الجميع وإن كان بعضهم مصيبا و بعضهم مخطئا وحيث إننا لا نستطيع تعيين المصيب والمخطىء فلنرجىء أمرهم إلى الله لأنهم جميعا يشهدون أن لا اله إلا الله وان محمدا رسول الله

وسميت هذه الجماعة بالمرجئة ثم تدرج بحثهم فى أمور دينية فعرفوا الايمان بأنه معرفة الله ورسوله ثم تغالت هذه الطائفة .

وقالت : الايمان الاعتقاد بالقلب والعمل لا أثر له مطلقا .

ثقافتـــه :

وكان الامام زيد عالما بعلوم القرآن ووجوه القراءات وأبواب الفقه .

حتى قالوا : العبارة المشهورة لهم (لا تضر مع الايمان معصية كما لا تنفع مع الكفر طاعة) .

وقد ذابت هذه الفرقة بعد العصر الأموى .

الجبرية

وزعيمهم جهم بن صفوان وهو من خرسان ومن الموالى الذين أقاموا بالكوفة . وقد تكون منه ومن أتباعه فرقة الجبرية القائلين بأن الانسان مجبور كالريشة فى الهواء .

مبادئهم :

القول بنفى صفات الله تعالى حتى لا يشبه الناس وخلق القرآن وإنكار رؤية الله تعالى فى الآخرة وفناء الجنة والنار بعد نعيم أهل الجنة وعذاب أهل النار . وقد نهض كثير من العلماء للرد عليهم لأمرين :

(ا) مسألة الجبر لأنها تدعو إلى التعطيل وترك العمل والركون إلى القدر لأن الانسان لا عمل له ولا قدرة .

(ب) ومسألة المغالاة فى تأويل الآيات التى تثبت صفات الله وفى هذا التأويل خطر على القرآن فى تفهم معانيه .

القدرية الأولى

كانت العراق مجمعا لعناصر من الأمم ذوات الديانات المختلفة وكانت البصرة بحرا يموج بالآراء والنحل وقد سمع معبد بن عبدالله الجهنى (وكان من مجالس الحسن البصرى) من يتعللون بالقدر فقام بالرد عليهم نافيا كون

كتبه : وقد وجدت بعض المصنفات للإمام زيد منها تفسير غريب القرآن . ورسالة فى مناسك الحج ورسالة ضد المرجئة .

= القدر سالبا للاختيار وتطرف فى الدفاع حتى قال قولته المشهورة (لا قدر والأمر أنف) ولما بلغ هذا ابن عمر تبرأ منه ومن أصحابه .

وقد قيل إن أول من تكلم بهذا رجل نصرانى أسلم وأخذ عنه معبد الجهنى وغيلان الدمشقى وسمى أصحاب هذا الرأى بالقدرية .

وأساس مذهبهم إنكار قدر الله والمغالاة فى إثبات القدرة للإنسان وأنه حر الارادة فى أعماله كما كان من مبادئهم القول بخلق القرآن .

وقد ذابت القدرية والجبرية فى غيرهما من المذاهب ولم يعد لهما وجود مستقل وظهر على أثرهما مذهب المعتزلة .

المعتزلة

أساس نشأتهم اختلاف واصل بن عطاء مع أستاذه الحسن البصرى فى حكم مرتكب الكبيرة وتبعه عمرو بن عبيد فى رأيه وكان هذا فى البصرة وانتشر مذهبهم فى العراق واعتنقه بعض خلفاء بنى أمية كما اعتنقه بعض الخلفاء العباسيين وكان لهم فى العصر العباسى مدرستان .

إحداهما بالبصرة والثانيه ببغداد وقام بين المدرستين جدال وخلاف فى كثير من المسائل .

مبادىء المعتزلة

١ — القول بالمنزلة بين المنزلتين فمرتكب الكبيرة الذى مات ولم يتب مخلد فى النار وليس مؤمنا ولا كافرا .

٢ — القول بأن العبد يخلق أفعال نفسه بقدرة أودعها الله فيه .

وكتاب « المجموع فى الفقه » وهو من أهم هذه الكتب الذى أعده العباس الصنعانى .

---

(٣) القول بالتوحيد ولهذا نفوا صفات الله تعالى القديمة حتى لا يشبه المخلوقين ودعاهم إلى هذا قيام جماعة تجسد الإله وتشبهه بالحوادث .

(٤) قولهم بأن العقل يحكم بحسن الأفعال وقبحها .

(٥) القول بخلق القرآن وعدم رؤية الله تعالى فى الآخرة وقد سمى المعتزلة بالقدرية لأنهم وافقوهم فى إثبات قدر العباد واختيارهم . كما لقبوا بالجهمية (الجبرية) لأنهم وافقوهم فى نفى الصفات وخلق القرآن وعدم رؤية الله تعالى فى الآخرة . والمعتزلة يتبرؤن من الإسمين .

أهل السنة

هم أبو الحسن الأشعرى وأبو منصور الماتريدى ومن سلك طريقهما وكانوا يسيرون على طريقة السلف الصالح فى فهم العقائد وقد جعلوا القرآن الكريم المنهل العذب الذى يلجئون إليه فى تعرف عقائدهم فكانوا يفهمون من الآيات القرآنية مسائل العقائد وما أشتبه عليهم منها حاولوا فهمه بما توحيه أساليب اللغة ولا تنكره العقول فإن تعذر عليهم توقفوا وفوضوا . وقد سمى أتباع أبى الحسن الأشعرى (بالأشاعرة) وأبى منصور الماتريدى (بالماتريدية) ولم يكن بين الأشاعرة والماتريدية خلاف إلا فى أمور يسيرة كمفهوم الإيمان والإسلام ومعنى القضاء والقدر وغير ذلك مما يقع عادة بين أهل الطريقة الواحدة ولا يقتضى تخالفاً فى المذهب .

الشيعة

الشيعة أقدم الفرق الإسلامية وأصلهم أصحاب الرأى القائل بأولوية آل بيت النبى صلى الله عليه وسلم بالخلافة وأحق آل البيت هو على ابن أبى طالب .

وشرحه احمد بن الحيمى المتوفى ١٢٢١ ﻫ فى كتاب الروض نضير .

← وقد ظهروا بمذهبهم فى آخر عصر عثمان رضى الله عنه ونما وترعرع فى عهد على كرم الله وجهه ، ولما لعلى من المكانة الممتازة فى الإسلام أخذوا ينشرون نحلتهم على الناس .

ولما جاء العصر الأموى ووقعت المظالم على العلويين ورأى الناس فى على وأولاده شهداء هذا الظلم انتشر المذهب الشيعى وكثر أنصاره

مبادىء الشيعة

(١) إن الإمامة ليست من المصالح العامة التى تفوض إلى نظر الأمة بل هى ركن الدين وقاعدة الإسلام ولا يجوز لنبى إغفالها بل يجب عليه تعيين الإمام لهم ويكون معصوما من الكبائر والصغائر .

(٢) عين رسول الله ﷺ عليا للخلافة بنصوص ينقلونها ويؤولونها لا يعرفها نقلة الشريعة وأهل الحديث ومن هنا نشأت فكرة الوصية ولقب على بالوصى فهو إمام بالنص لا بالانتخاب وقد أوصى على لمن بعده وهكذا كل إمام وصى من قبله .

(٣) على أفضل الخلق فى الدنيا والآخرة بعد رسول الله ﷺ فمن عاداه أو حاربه فهو عدو لله إلا أن ثبتت توبته ومات على حبه .

(٤) ولم يكن الشيعة على درجة واحدة بل منهم المغالى والمقتصد وقد اقتصر المعتدلون على تفضيله على بقية الصحابة من غير تكفير أو تفسيق لأحد واعترفوا بصحة إمامة المفضول مع وجود الفاضل وقالوا ليس بين النبى ﷺ وبين على إلا مرتبة النبوة وأعطينا عليا ما عداها من الفضل المشترك أما الغالون المتطرفون فلم يكتفوا بتفضيله على الخلفاء وعصمته بل رفعوه إلى مرتبة النبوة ومنهم من ألهه أى زعم حلول الإله فيه . ومنهم من قال كل روح إمام حلت فيه الألوهية تنتقل إلى الإمام الذى يليه . ↓

وشرحه كذلك الإمام المهدى لدين الله محمد بن المطهر فى كتابه المنهاج الجلى .

وقد رزق هذا المذهب بالفقهاء الذين أتوا بعد الامام زيد فعملوا على نشره وعلى رأسهم القاسم الرسى المتوفى سنة ٢٤٦ هـ وحفيده الهادى يحيى ابن الحسين مؤسس حكومة الزيدية فى اليمن سنة ٢٧٨هـ

وله كتاب جامع فى الفقه ورسالة فى القياس والأحكام فى الحلال والحرام .

مبادىء الزيدية :

ويقترب المذهب الزيدى من مذاهب أهل السنة إلا أنهم يخالفون أهل السنة فى مسائل منها :

١ — عدم إجازتهم المسح على الخفين .
٢ — تحريمهم أكل ذبيحة غير المسلم .
٣ — تحريم تزوج الكتابيات .

= وقد كان التشيع بناءة خصبه لظهور القول بالرجعة والحلول والتناسخ التجسيم والتشبيه وعدم ختم النبوة والحق الذى لا مراء فيه أن التشيع كان ، يلجأ إليه كل من يريد هدم الاسلام لعداوة أو حقد . ومن يريد ، تعاليم آبائه من يهودية ونصرانية ومجوسية وغيرها فى الاسلام ومن ، استقلال بلاده والخروج على الدولة الاسلامية .

كل هؤلاء كانوا يتخذون حب آل البيت شعاراً يضعون وراءه كل ت أهوائهم .

الإماميـــة

هم القائلون بأن إمامة سيدنا على ثابتة بالنص عليه بالذات من النبى صلى الله عليه وسلم وسموا إمامية لأن آراءهم تتركز حول الإمامة . وهى منتشرة فى إيران والعراق والهند .

أصـول مذهبهم :

(١) النص على الامام بالذات ولهذا نص النبى صلى الله عليه وسلم على إمامة على لأنه ليس فى الدين أمر أهم من تعيين الامام حتى تكون مفارقة النبى للدنيا على فراغ قلب من أمر الأمة لأنه بعث لرفع الخلاف وتقرير الوفاق فلا يجوز أن يفارق الأمة ويتركهم هملا - بل يجب عليه أن يعين شخصاً يرجع إليه ويستدلون على تعيين على بالذات بما يروونه عن النبى صلى الله عليه وسلم مثل (من كنت مولاه فعلى مولاه) ومثل (أقضاكم على) وغير ذلك مما يدعون صدقه ويشك فيه علماء الحديث .

(٢) ولم يقتصروا على القول باستحقاق على للخلافة - دون ســائر الصحابة بل حكموا بتكفير كل الصحابة وعلى رأسهم أبو بكر وعمر رضى الله عنهما .

(٣) أن الاعتراف بالامام جزء من حقيقة الايمان وبدونه يكون الشخص كافراً .

(٤) القول باختفاء الأئمة ورجعتهم .

(٥) جعل سلسلة الخلافة بعد على فى أولاده فاتفقوا على إمامة الحسن والحسين واختلفوا بعد ذلك فى تسلسل الأئمة إلى فرق متعددة أشهرها :

١ ــ الاثنا عشرية   ٢ ــ الاسماعيلية

الاثنا عشرية :

وهى تعيش فى كثير من البلدان الاسلامية وخصوصاً فى إيران والعراق وسموا الاثنا عشرية لأنهم يؤمنون باثنى عشر إماماً متتابعين هم :

على بن أبى طالب ثم إبناه الحسن فالحسين ثم على زين العابدين بن الحسين ثم محمد بن على ثم جعفر بن محمد ثم موسى بن جعفر ثم على بن موسى ثم محمد ابن على ثم على بن محمد بن الحسن وهذه الفرقة تسمى بالجعفرية حينا والاثنا عشرية حيناً آخر والامامية حيناً ثالثاً ولعلها أبعد الفرق الأمامية عموما عن الاتصاف بالغلو وأقربها إلى التعقل فى أمور دينها .

ومن أقرب فرق الشيعة عامة بين جمهور أهل سنة . وإذا كانت قد سميت بالجعفرية من باب تسمية العام باسم الخاص فإنها سميت بذلك لأمر هام وهى أنها تستمد أمور دينها من الإمام جعفر الصادق الذى كان رضى الله عنه غزير العلم فى الدين وافر الحكمة كامل الأدب زاهداً ورعا متسامحا بعيداً عن الغلو ولم يكن يؤمن بالغيبة أو الرجعة أو التناسخ كما أنه كان بعيداً عن الاعتزال .

والاثنا عشرية فى حقيقة أمرها وروح عقيدتها تتميز بالآتى :

١ — يعتقدون فى اثنى عشر إماما متسلسلين وهم الذين مر ذكرهم وكل إمام سابق لا بد أن ينص على اللاحق ويوصيه فالنبى أوصى علياً وعلى أوصى الحسن والحسن أوصى الحسين وهكذا .

٢ — يرون أن الإمام معصوم كالنبى عن الخطأ وأن الامام دون النبى وفوق البشر .

٣ — يرون أن من يشاركهم من المسلمين هذا الاعتقاد فى الامامة هو مؤمن وأما من يؤمن بالاركان المعروفة فقط دون الركن السادس

الخاص بالامامة فإنه مؤمن بالمعنى العام ولا يخرج من الاسلام ولكن درجته بعد درجة الشيعة .

٤ — لا يقبلون الأحاديث إلا إذا رويت عن طريق أهل البيت وأما الأحاديث المروية عن غير طريق أهل البيت فانها عندهم لا تساوى شيئا .

٥ — باب الاجتهاد عند الاثنا عشرية لا يزال مفتوحا وللمجتهد أن يبدى رأيه وأن يأخذ به ما دام متفقاً مع الكتاب والسنة متمشياً مع المعقول وإلا فلا قيمة له .

٦ — والاثنا عشرية يزيدون على أركان الاسلام ركناً سادساً هو الاعتقاد بالامامة على ما مر ويتمسكون بهذا الركن تمسكاً لا سبيل للتهاون فيه .

٧ — والاثنا عشرية يقولون برجعة الامام محمد القائم بالحجة الثانى عشر وهو المعروف عندهم باسم المهدى المنتظر .

٨ — ويعتمد الامامية فى اجتهاداتهم على الكتاب والأحاديث التى رواها رجالهم ولا يقولون بالاجماع ولا بالقياس .

وهذه أهم الفروق فى الأصول وهناك فروق فى الفروع مثل تعطيلهم صلاة الجمعة بسبب غياب الإمام وفرضية صلاة العيدين وفرضية زكاة الخمس لآل محمد زيادة على الزكاة المعروفة وإباحة نكاح المتعة وأن الطلاق لا يقع إلا إذا صدر أمام شاهدين عدلين لعموم قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم) وحرمة الزواج بالكتابية لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »

كتب المذهب :

أولا : كتاب الحلال والحرام وهو أول ما صنف فى المذهب الإمامى وقد

كتبه موسى الكاظم إجابة عن مسائل وجهت إليه .

ثانياً : كتاب فقه الرضا وطبع هذا الكتاب فى طهران ١٢٧٤ هـ

ثالثاً : بشائر الدرجات فى علوم آل محمد وما خصهم الله به طبع سنة ١٢٨٥ وهو لأبى جعفر محمد بن الحسن بن فروخ الصفار الأعرج القمى وهو يعتبر المؤسس الحقيقى لفقه الإماميه فى إيران .

رابعاً : الكافى فى علم الدين : وهو أحد الكتب الأساسية للشيعة ألفه محمد بن يعقوب بن إسحق الكلينى الرازى .

الاسماعلية :

سموا بذلك لأنهم يوقفون الأئمة عند اسماعيل بن جعفر ويقولون بتعيينه بالنص من أبيه .

ويسمون أيضاً بالباطنية لقولهم إن للقرآن ظاهرا وباطناً ولاعتقادهم بالإمام الباطن .

ومن أئمتهم عبيدالله المهدى الذى انتسب إلى إسماعيل بن جعفر وملك المغرب واستولى بنوه على مصر ولم يثبت تاريخياً صحة هذا النسب .

وقد أثبت التاريخ أن من وضعوا أساس مذهب الاسماعلية من أولاد المجوس وضعوا تعاليم لهدم الإسلام تبتدىء بالتشكيك فى أحكام الاسلام كقولهم :

ما معنى رمى الجمار ؟ ولم كانت الصبح ركعتين والظهر أربعا وهكذا ؟ وتنتهى بهدم الاسلام والتحلل من قيوده وأولوا آيات القرآن والسنة بما يوافق هواهم .

أهم مبادئهم :

١ — القول بقدم العالم فان له مدبرين . الأول هو الله والثانى النفس .

٢ — الإمام يعين بالنص لا بالانتخاب وهو معصوم من الصغائر والكبائر .

٣ — تكفير من اغتصبوا الخلافة من الامام .

٤ — للقرآن معنى ظاهر ومعنى باطن لا يعلم باطنه إلا الأئمة لأنهم ورثوا علم الباطن .

ولا معنى للتمسك بحرفية القرآن ويجب فهمه على طريقة التأويل في المجاز .

٥ — لا يؤمنون بعلم ولا بحديث إلا ما روى عن أئمتهم .

٦ — الجنة نعيم الدنيا والعذاب اشتغال أصحاب الشرائع بالصلاة والصيام وغيرها .

٧ — إنكار معجزات الانبياء .

٨ — إباحة الحرمات والمحارم فأباحوا شرب الخمر والنبات والأخوات وجميع الملذات

وقد ظهرت هذه الطائفة في عهد الدولة العباسية ولا يزال لها بقايا إلى اليوم ، في الهند وفارس وزنجبار والشام والخليج الفارسي وكان يتزعم فريقاً منهم أغاخان الزعيم المشهور وخلفه أحد أحفاده ويقدم إليه الأموال والهدايا كل عام .

وزعماء هذه الطائفة يغيرون ويبدلون في المبادىء حسب أهوائهم فاتباعهم يعتقدون أن لهم التصرف في أمور الدنيا والآخرة ولهذا تجمع الأموال للإمام لا للفقراء وكلما امتد الزمان زاد مذهبهم فساداً ولحق النـــاس من أعمالهم شر كبير .

البابيـــة

ظهرت هذه النحلة فى دولة إيران على يد الميرزا محمد على الملقب بالباب المولود بشيراز سنة ١٨١٩ م وقد ادعى أنه المهدى المنتظر ثم ادعى النبوة والرسالة وأن الله أوحى إليه بكتاب (البيان) الناسخ للتوراة والانجيل والفرقان .

ثم ادعى أنه المسيح المنتظر ثم ارتقى إلى ادعاء الألوهية وقد عهد الخلافة من بعده إلى أحد أتباعه وهو ميرزا يحيى الملقب بصبح أزل ومن بعده إلى أخيه حسين الملقب بالبهاء

ولما قتل الباب بفتوى من من العلماء سنة ١٨٥٠ م تنازع الأمر من بعده يحيى وأخوه حسين وأخذ كل منهما يدعى بأن الله أوحى إليه بكتاب يصدق دعواه ويكذب دعوة أخيه وكانت الغلبة فى هذا النزاع للبهاء فظهرت البهائية خلفاً للبابية .

البهائيـــة

هم أتباع الميرزا حسين على الذى لقب نفسه بالبهاء المولود فى بلدة نور من ضواحى مازندران سنة ١٢٢٣ هـ . قام فى أول أمره بخلافة الباب ثم تدرج إلى المهدوية ثم النبوية والرسالة ثم الربوبية والألوهية وقد عهد بالخلافة من بعده إلى ابنه عباس المسمى عبد البهاء وقد دان البهائيون الكل خليفة بعد البهاء وقدسوه وعبدوه مثل عبادتهم للبهاء .

وقد نزل خليفتهم بمصر سنة ١٨٩٢ وأسس فيها الدعوة للبهائيين وهلك البهاء فى مدينة عكا ١٣٠٩ هـ ١٨٩٢ م

دين البهائية والبابية

١ — إن للوحى تأويلات سامية ومفاهيم خفية لا يجليها إلا ربها (الباب) أو البهاء (وما يعلم تأويله إلا الله أى البهاء أو الباب) .

٢ — ادعى البهاء المهدوية ثم الرسالة وأنه نزل عليه كتاب الأقدس الذى نسخ جميع ما تقدمه من الكتب السماوية ثم ادعى الألوهية وأمر بعبادة البشر .

٣ — القول بموت عيسى صلبا وعدم عودته بنفسه وإنما تحل روحه فى غيره ولذر منا رئيس المذهب الباب ثم البهاء .

٤ — معجزات الأنبياء والبعث والحشر والوعد والوعيد والجنة والنار ولهذا ارتكبوا تأويل النصوص الدالة عليها بما يتنافى مع اللغة والدين .

٥ — نسخ جميع الأديان ورسوم عباداتها والحدود الواردة منها لعدم صلاحيتها للعالم فى عصر التقدم ولهذا جاء البهاء بدينه الجديد الأحمر والأسود وقد ورد فى أحكامه . إن الصلاة تسع ركعات فى البكور والزوال والآصال وقد بطلت صلاة الجماعة والقبلة عكا والحج إليها للرجال دون النساء وتحريم الحجاب وإباحة السفور والاختلاط وجعل الحدود عقوبات مادية وغير ذلك من مفترياتهم وكذبهم قال تعالى : « ومن أظلم ممن افترى على الله كذبا ، أو قال أوحى إلى ولم يوح إليه شىء ومن قال سأنزل مثل ما أنزل الله ولو ترى إذ الظالمون فى غمرات الموت والملائكة باسطوا أيديهم أخرجوا أنفسكم اليوم تجزون عذاب الهون بما كنتم تقولون على الله غير الحق وكنتم عن آياته تستكبرون(١) » .

طريقتهم فى الدعوة إلى مذهبهم :

مخاطبة أهل كل ملة ودين بما يوافق هواهم فتجد الداعية منهم مسلما مع المسلمين ويهوديا مع اليهود ويوهم أهل كل دين بأنه منهم وأنه يريد الإصلاح

---

(١) الأنعام ٩٣ .

وإزالة الضغائن والتوفيق بين أهل المذاهب فإذا آنس الضعف من أحد أخذ يشككه في دينه وأورد عليه الشبه . وأول الآيات بما ينطبق على مزاعمه ثم يدعوه إلى عبادة البشر والعياذ بالله وهذا شأنهم في ممالك الشرق . خداع ونفاق مع المسلمين يظهرون الإيمان ويبطنون الكفر أما في أوروبا وأمريكا فدعوتهم جهارا لا يخشون حسابا .

القاديانية (الأحمدية)

هم أتباع غلام أحمد المولود في (قاديان) مركز بنجاب بالهند سنة ١٢٥٢ هـ .

وقد ظلوا فرقة واحدة مدة حياته وأيام خليفته نور الدين وفي آخر حياة نور الدين ابتدأ الخلاف وكان من أثره انقسامهم بعد وفاته إلى شعبتين .

١ — شعبة قاديان : ورئيسهم محمود بن غلام أحمد .

٢ — شعبة لاهور : وزعيمهم محمد على الذى ترجم القرآن إلى اللغة الإنجليزية .

والشعبة الأولى تدين بنبوة أحمد والثانية تعتقد أنه مصلح وهذا خلاف ماورد في كتاب مبتدع النحلة من أنه مهدى ابن مرسل ثم عيسى الموعود به وتوفى أحمد بعد حياة حافلة بنبوة تحرم الجهاد وتدعو إلى مساعدة الإنجليز لأنهم أرباب نعمته وأصحاب الفضل عليه في حمايته ونشر دعوته .

مبادىء القاديانية :

١ — القول بعدم ختم النبوة وتأويل مايدل على ختمها .

٢ — غلام أحمد هو المهدى والنبي المؤيد لشريعة محمد ﷺ وهو المسيح الموعود به .

٣ — باب الوحى مفتوح للناس وقد نزل عليه ويسمعه بعض أتباعه .

٤ — تحريم الجهاد والدعوة لطاعة ولاة الأمر الإنجليز .

٥ — قاديان ومسجدها تعادل مكة ومسجدها والحج إليها مثل الحج إلى مكة فهى ثالث الأماكن المقدسة .

٦ — تكفير من لا يصدق به من المسلمين وتمثيلهم باليهود الذين كذبوا المسيح (يعنى نفسه) فى السلسلة المحمدية .

٧ — تفضيله وتفضيل أتباعه على جميع الأنبياء وأتباعهم .

٨ — ادعاؤهم أن المعنى المقصود من الآيات لا يدركها إلا المسيح القاديانى وإنكارهم أن سنة الرسول أصل فى التشريع وهم يدعون الناس عن طريق أنهم مسلمون مصلحون .

والقاديانية والبهائية أخطر أصحاب المذاهب على الأمم الإسلامية وأشد كفرا من اليهود والنصارى والمجوس ويبطل دعوتهم ماقدمناه من ثبوت عموم رسالة النبى ﷺ وختمها للرسالات وهم منتشرون فى البلاد الإسلامية يعاونهم الاستعمار بسلطانه الخفى وماله لأنهم أعوانه وأداته فى إشاعة الفساد بين المسلمين .

النصيرية

ومقرهم شمال سوريا بالجبال المعروفة بجبال النصيرية وقد سموا أنفسهم بالعلويين .

وينسبون لمحمد بن نصير من موالى بنى غير وكان شيعيا إماميا من أتباع إمامهم الحادى عشر الحسن العسكرى وقد أسس طائفة النصيرية على مبادىء معينة .

أهم مبادئهم :

١ — الديانة عندهم سر من الأسرار ولا تلقن للنساء لعدم استطاعتهن

حفظ الأسرار أما الرجل فلا يباح له دينه إلا بعد أن يبلغ التاسعة عشرة ويقسم على اليمين أن لا يبوح به ولو أريق دمه .

٢ - يدعون ألوهية على بن أبى طالب والأئمة من بعده ويزعمون أن عليا مسكنه السحاب فإذا مر عليهم السحاب قالوا : السلام عليك يا أبا الحسن

٣ - يقولون بتناسخ الأرواح فالخيرة تحل في النجوم والشريرة في أجسام الحيوانات النجسة .

٤ - يستعملون الأسماء الإسلامية ماعـــدا اسم عمر وأبى بكر ولا يصومون رمضان ويحتفلون بالأعياد المسيحية .

٥ - الجنة والنار رمز دنيوى والصلوات الخمس أسماء على والحسن والحسين ومحسن وفاطمة .

وذكر هذه الأسماء يغنى عن غسل الجنابة وعن الوضوء وسائر شروط الصـــلاة .

٦ - إباحة شرب الخمر وأن أكبر الأبالسة عمر ويليه أبو بكر فعثمان (١)

---

(١) أنظر المراجع الآتية :

١ - الفرق بين الفرق للبغدادى .

٢ - التوحيد والفرق للشيخ حسن متولى .

٣ - رسالة المجد للشيخ حسن أيوب .

مذاهب انقرضت واندثرت

وقد ذكر ابن جرير الطبرى فى كتابه اختلاف الفقهاء(١) . أنه كان هناك نحو خمسمائة مذهب بطلت وانقرضت ونختار الآن بعضاً منها :

١ — مذهب الأوزاعى .   ٢ — مذهب داود الظاهرى .

٣ — مذهب ابن جرير الطبرى وسنوجز القول عن هذه المذاهب فنقول

مذهب الأوزاعى :

من مؤسس هذا المذهب ؟

مؤسس هذا المذهب هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعى .

نشأته :

ولد بدمشق سنة ٨٨هـ ثم انتقل منها إلى بيروت ومكث واستقر بها حتى مات سنة ١٥٧هـ .

وقد إلتقى بالإمام مالك رضى الله عنه واستفاد وأخذ كل من الآخر .

منهجه العلمى :

وكان لا يأخذ بالرأى ويعتبر من أهل الحديث ومن هنا نراه يقول : إذا بلغك الحديث عن رسول الله ﷺ فإياك أن تقول بغيره ولم يكتب البقاء لهذا المذهب إلا فترة زمنية قليلة ، حيث انتشر فى الشام حتى منتصف القرن الثالث الهجرى ثم حل محله بعد ذلك المذهب الشافعى .

ولم يعد لهذا المذهب وجود الآن إلا فى بطون الكتب .

مذهب داود الظاهرى :

مؤسس هذا المذهب :

مؤسس هذا المذهب : أبو سليمان داود بن على خلف الأصفهانى .

---

(١) ص ١٤ .

نشأته :

ولد بالكوفة عام ٢٠٢هـ وتوفى سنة ٢٧٠هـ ودرس العلم فى بغداد .

مدرسته العلمية :

وقد تلقى صاحبنا هذا العلم على يد شيوخ أجلاء هم : أبو ثور وسليمان ابن حرب وعمرو بن كثير وغيرهم .

رحلته العلمية :

وقد رحل داود إلى نيسابور وسمع الحديث من إسحاق بن راهويه — أحد فقهاء مدرسة الحديث — وبعد ذلك عاد إلى بغداد معلماً .

طريقته .

وكان داود شافعياً فى أول الامر وكانت له مكانة عظيمة عند الشافعية . إلا أنه انسلخ عن مذهب الشافعى ولما سئل على ذلك قال : لما رأيت الشافعى ينكر الاستحسان ، ونظرت فى تلك الأدلة وجدتها تبطل القياس أيضاً ومن هنا رأيت الخروج عن هذا المذهب لاخذه بالقياس — ويعتبر أبو داود من أوائل مدرسة الحديث وأحد رجالها العظماء حيث تمسك بظاهر النص ـ سواء أكان قرآنا أم سنة ـ تمسكاً شديداً وهو بهذا يعتبر على النقيض تماماً من مذهب الحنفية لتمسكهم بالرأى .

وكان أبو داود يعتمد فى اجتهاداته على الكتاب والسنة والأخذ بظاهرهما ثم إجماع الصحابة فقط ولا يعتد بشىء بعد ذلك من الأدلة الأخرى التى أقرها أكثر الفقهاء كالرأى والقياس والاستحسان وكل ما يتصل بالرأى من قريب أو بعيد .

فهو فى الجملة كان يتمسك بحرفية النص ورفض الرأى والتعليل إلا أنه إنصافا للحق يجب أن نقول :

إن أبا داود قد اضطر للعمل بالرأى لما احتاج إليه لمعالجة بعض المسائل وإن كان هو لا يسميه قياساً بل يسميه دليلا .

وقد احتل مذهب داود مكانة عظيمة فى الشرق خلال القرنين الثالث والرابع .

أما فى الغرب فقد لقى هذا المذهب انتشاراً واسعاً حيث هيأ الله له أحد التلاميذ المخلصين وهو الفقيه على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى المتوفى سنة ٤٥٦هـ حيث عمل على نشره والدفاع عنه . وقد صنف ابن حزم كتبا قيمة — دعمت من شأن هذا المذهب — ومن أبرزها كتاب المحلى فى الفقه والأحكام فى الأصول ولم يبق الآن أثر للمذهب الظاهرى إلا فى بطون الكتب

٢ — مذهب ابن جرير الطبرى :

من مؤسس هذا المذهب ؟

مؤسس هذا المذهب هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى .

ولد فى حوالى عام ٢٢٥هـ وتوفى ببغداد عام ٣١٠هـ .

رحلاته العلمية :

وقد رحل ابن جرير الطبرى إلى كثير من البلاد كبغداد والشام ومصر

اجتهاده :

وكان ابن جرير فى الأصل يقلد الشافعى فى طريقته وسلك منهجه إلا أنه توافرت عنده ملكة الاجتهاد والاستنباط فاستقل عن مذهب الشافعى وصار له مذهب يعرف باسمه.

كتبه :

ولابن جرير مؤلفات وكتب كثيرة من أظهرها :

كتاب له فى التفسير وكتاب فى التاريخ وكتاب فى اختلاف الفقهاء إلا أن هذا الكتاب الأخير لم يطبع كله .

وإليه يرجع الفضل فى بقاء أقوال كثيرة لفقهاء اندثرت مذاهبهم .

المبحث الثالث

مصادر الفقه الاسلامى

والمراد بالمصادر فى هذا المقام ما يشمل المراجع التى يعود إليها الفقيه يستهديها فى طلب حكم للحوادث والوسائل التى يستخدمها فى هذا السبيل.

ومصادر الفقه الاسلامى : هى الأدلة التى تبنى عليها الأحكام الشرعية. وهى الكتاب والسنة وما يرجع إليهما.

ومصادر الفقه الاسلامى متعددة فجمهور الذين كتبوا فى علم أصول الفقه يجعلونها أربعة وهناك من جعلها أكثر من ذلك، ولعل من الحق أن نقرر أن بعضها تداخل فى بعض، وأنها لذلك ترجع فى الحق إلى أربعة أنواع فى رأى أكثر علماء الاصول وهى : الكتاب، والسنه، والإجماع، والقياس

ومصادر الفقه الاسلامى منها ما هو متفق عليه بين جمهور العلماء إلا نفر قليل وهو الاجماع والقياس.

ومنها ما هو مختلف فيه بين العلماء وهو الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف، وشرع من قبلنا، وقول الصحابى.

وسنتكلم بإيجاز عن كل هذه المصادر وهى :

الكتاب – السنة – الاجماع – القياس – المصالح المرسلة – الاستحسان العرف وقول الصحابى وسد الذرائع.

فهذه هى مصادر الفقه الاسلامى التى يعتمد عليها الفقهاء فى استنباط الاحكام الشرعية(٣).

---

(١) راجع ص٢٥٢ المدخل د. حسن صبح.
ص ٢٠٨ المدخل د. عيسوى.
ص ١٢٢ المدخل د. رمضان الشرنباصى.
ص ١٧٥ المدخل د. محمد يوسف موسى.

المصدر الأول

القرآن الكريم

وهو فى واقع الأمر لا يحتاج إلى تعريف فهو أشهر من أن يعرف لا أنه جرت العادة أن يعرفه العلماء بأنه كلام الله تعالى المنزل على الرسول محمد ﷺ المنقول إلينا بالتواتر .

وقد سماه الله سبحانه وتعالى بأسماء عديدة منها : —

القرآن : قال تعالى « وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلا »(١).

ومنها الفرقان : قال تعالى : « تبارك الذى نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيرا »(٢) .

ومنها الذكر : قال تعالى : «إنا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون»(٣) .

الحكمة من نزول القرآن الكريم :

للقرآن الكريم أسرار عظيمة وفوائد جمة من وراء نزوله منها :

١ — أنه معجزة مؤيدة للرسول صلى الله عليه وسلم فى دعوته ، وقد سجل التاريخ أن العرب وهم أرباب الفصاحة وقفوا مشدوهين أمام فصاحة القرآن الكريم ثم عجزوا عن محاكاة أقصر سورة منه .

٢ — القرآن حدد كليات الشريعة ، ووضع قواعدها العامة التى تعرض لبعض الجزئيات بشىء من التفصيل والاطناب . ومن هنا فهو أصل فى

---

(١) سورة الاسراء ١٠٦ . (٢) سورة الفرقان ١

(٣) سورة الحجر ٩ .

التشريع الاسلامى يستضىء به المجتهد، ويستنبط من آياته الأحكام، ويشهد لهذا المعنى قول الله تعالى: «إنا أنزلنا الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله...»(١).

٣ — أنه وسيلة للتعبد فنى قراءة القرآن قربة ينال بها ثواب تقربه إلى الله سبحانه وتعالى به(٢).

خصائص القرآن:

يمتاز القرآن الكريم عن غيره من الكتب السماوية السابقة، والأحاديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم بخصائص هى:

١ — أن القرآن نزل على الرسول باللسان العربى وقد نطق القرآن نفسه بذلك حيث قال الله تعالى «وإنه لتنزيل رب العالمين نزل به الروح الأمين على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربى مبين»(٣).

وبهذا يمتاز على غيره من الكتب السماوية السابقة لأنها نزلت بغير اللسان العربى.

٢ — أن القرآن هو مجموع اللفظ العربى، والمعنى المستفاد منه فإن معانى القرآن وألفاظه العربية كلاهما منزل من عند الله:

أما المعنى المستفاد منه وحده فليس بقرآن. وعلى هذا فترجمة القرآن لا تسمى قرآنا وإنما هو تفسير فلا يصح الاعتماد على الترجمة فى أخذ الأحكام كما لا تصح الصلاة بها للقادر على اللغة العربية باتفاق الأئمة. وما روى عن أبى حنيفة من القول بصحة الصلاة بالفارسية مع القدرة على العربيه فقد صح

---

(١) سورة النساء ١٠٥.
(٢) راجع ص ٢٥٤، المدخل د. حسن صبح.
(٣) سورة الشعراء الآيات من ١٩٢ — ١٩٥.

وجوعه عنه ، وأما العاجز عن العربية فتجوز له الصلاة بالترجمة عند الحنفية ولا تجوز عند جمهور العلماء ، بل يجب عليه أن يأتم بمن يحسن العربية ، فإن لم يجد يسبح ويهلل ولا يقرأ .

٣ — ولما كانت معانى القرآن وألفاظه منزلة من عند الله . الأمر الذى ميز القرآن عن الأحاديث النبوية الصادرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم سواء أكانت أحاديث قدسية أم نبوية لأن معانى هذه الأحاديث ملهمة من عند الله ولفظها من عند الرسول صلى الله عليه وسلم إلا أنهـــا تارة تكون منسوبة إلى الله تعالى ، أو يؤمر النبى ﷺ بإسنادها إلى الله تعالى، ولا يأمر الرسول بإسناده إليه تعالى فيضاف إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ويسمى حديثاً نبوياً .

٤ — أن القرآن الكريم نقل إلينا بطريق التواتر كتابة، ومشافهة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الآن .

والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين بصحة المنقول ومن هنا كانت نصوصه قطعية الثبوت .

وعلى هذا فما لا ينقل بطريق التواتر لا يسمى قرآنا بالإجماع فلا تصح الصلاة به ، ولا يحكم بكفر من أنكر قرآنيته وذلك كقراءة ابن مسعود : « فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم » .

بزيادة (فيهن) . والصحيح أن هذه الزيادة كانت تفسيراً من ابن مسعود وليست قرآنا ، وإنما دونها فى مصحفه للبيان لا للتلاوة .

نزول القرآن منجما ، وحكمة ذلك :

لم ينزل القرآن على النبى صلى الله عليه وسلم جملة واحدة - كما نزلت التوراة على موسى عليه السلام - وإنما نزل عليه منجما فى ثلاث وعشرين سنة وفقاً للحوادث ، أو جوابا لأسئلة أو استفهاماً عن حادثة .

والحكمة فى إنزاله منجما أن يسهل على الرسول صلى الله عليه وسلم وعيه وحفظه ، فإنه أمى لا يقرأ ولا يكتب ، ولتيسير كتابته على العرب الذين لم تكن لهم معرفة بالكتابة إلا قليلا ، ولأن حكمة الله اقتضت أن يكون فى القرآن ما هو ناسخ وما هو منسوخ ، وهذا لا يتأتى إلا فيما ينزل مفرقا.

وكذلك اقتضت الحكمة أن يكون فى القرآن ما هو جواب لسؤال، وما يكون بياناً لحكم حادثة ليكون ذلك أبعث على القبول وأدعى للامتثال ولتكون تلك الأسئلة ، وهذه الحوادث قرائن معنوية يستعان بها على فهم القرآن وتعرف أسراره ومراميه(١) .

وكان أول القرآن نزولا :

قوله تعالى : « إقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الإنسان من علق ، إقرأ وربك الأكرم الذى علم بالقلم ، علم الإنسان مالم يعلم »(٢) .

وكان آخـــره نزولا :

على الراجح قوله تعالى : « واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون »(٣) .

كيف جمع القرآن؟

لم ينزل القرآن على الرسول صلى الله عليه وسلم دفعة واحدة ، وإنما نزل منجما حسب الحوادث والمناسبات فى نحو ثلاث وعشرين سنة ، وكان كلما نزل جبريل عليه السلام بشىء بلغه رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حضر

(١) انظر الموافقات للشاطبى ص٤٥ ، والتقرير والتحبير جـ٢ ص ٢١٤، المدخل للدكتور عيسوى ص٢٠٩ وما بعدها .

(٢) سورة القلم الآيات ١ - ٥ .

( ) سورة البقرة ٢٨١ .

من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحى فيملى عليهم ما نزل فيكتبونه وكان يعين لهم مكان السورة وموضع الآية ، وإن ترتيب السور والآيات توقيفى من عند الله نزل به جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد عرض جبريل عليه السلام القرآن على النبى صلى الله عليه وسلم مرات فى شهر رمضان من كل عام كان يقرأ جبريل على الرسول صلى الله عليه وسلم ما نزل من القرآن ثم يتلوه الرسول بالقراءة وفى العام الأخير من حياة الرسول عرضه جبريل مرتين وقرأه الرسول على الصحابة حسب هذه العرضة التى استقر عليها فحفظه كثير من الصحابة مرتباً حسب العرضة الأخيرة ولم يفارق الرسول ﷺ الحياة إلا والقرآن جميعه محفوظ فى صدور الرجال — أمثال زيد بن ثابت(١) ؛ ومعاذ بن جبل وأبى كعب ، وعلى بن أبى طالب ، وعبدالله بن مسعود ، وعبادة بن الصامت — هذا من ناحية ومن ناحية أخرى كان القرآن كله مكتوبا فى الرقاع ، والعسب (٢) واللخاف (٣)

ولم يجمع القرآن فى المصحف فى عهد الرسول ﷺ لأنه كان يترقب نزول القرآن إلى اخر لحظة من حياته ، فربما نزل منه شيء أو ورد ناسخ لبعض أحكامه ، أو تلاوته ، فلا يعلم تمام القرآن واستقراره إلا بوفاة الرسول ﷺ فلما انقضى نزوله بوفاته ﷺ ألهم الله الخلفاء الراشدين جمعه فى مصحف واحد .

---

(١) هو — أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك — قدم إلى النبى ﷺ المدينة وهو ابن إحدى عشرة سنة ، شهد الخندق وما بعدها ، وأعطاه الرسول راية بنى النجار يوم تبوك يكتب الوحى والرسائل ، وكان يكتب لأبى بكر وعمر ، توفى سنة ٤٥ هـ .

(٢) العسب : جريد النخل .

(٣) اللخاف . الحجارة الرقيقة .

فقد روى ابن شهاب الزهرى عن عبيد بن السباق عن زيد بن ثابت قال : « أرسل إلى أبي بكر بعد مقتل أهل اليمامة — التى وقعت فى آخر سنة ١١هـ وأوائل سنة ١٢هـ تقريبا — فإذا عمر بن الخطاب عنده ، فقال أبو بكر : إن عمر أتانى فقال : « إن القتل قد استحر يوم اليمامة بقراء القرآن، وإنى أخشى أن يستحر القتل بالقراء فى المواطن فيذهب كثير من القرآن ، وإنى أرى أن تأمر بجمع القرآن . فقلت لعمر ، كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال عمر : هذا والله خير ، فلم يزل يراجعنى حتى شرح الله صدرى لذلك ورأيت الذى رأى عمر ، قال زيد : قال أبو بكر : إنك شاب عاقل لا نتهمك وقد كنت تكتب الوحى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وحضرت العرضة الأخيرة ؛ فتتبع القرآن فاجمعه ، فو الله لو كلفونى نقل جبل من الجبال ما كان أثقل على مما أمرنى به من جمع القرآن .

قلت كيف تفعلان شيئا لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال هو والله خير ، فلم يزل أبو بكر يراجعنى حتى شرح الله صدر أبي بكر وعمر ، فتتبعت القرآن أجمعه من العسب واللخاف وصدور الرجال » .

ومن هذه الرواية يكاد يجمع المؤرخون على أن أول جمع للقرآن كان فى أول خلافة أبي بكر بتوجيه من عمر .

والذى قام بهذه المهمة هو زيد بن ثابت ومعه نفر قليـــل من الصحابة يعاونونه فى أداء هذه المهمة .

وبعد أن انتهى زيد ومن معه من هذه المهمة، تم جمع المصحف ووضعت نسخة منه عند أبى بكر حتى توفاه الله ثم عند عمر طيلة حياته، ثم عند حفصة بنت عمر بوصية من أبيها إلى أن طلبها منها عثمان(١) .

(١) انظر ، المدخل د . العيسوى فى الصفحات السابقة وما بعدهـــا .والإتقان فى علوم القرآن للسيوطى جـ١ ص ٥٢

حجية القرآن ودلالته على الأحكام :

اتفق المسلمون على أن القرآن مصدر من مصادر التشريع وأن أحكامه واجبة الاتباع ، وأنه المرجع الأول لا يلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد مايطلبه فيه(١) .

وأنه ترجع إليه سائر الأدلة — السنة — الإجماع — القياس — لقوله تعالى : « ما فرطنا في الكتاب من شيء ... (٢)

وقد جاءت النصوص في القرآن الكريم دالة على وجوب الاحتجاج بالسنة والإجماع والقياس واستنباط الأحكام من هذه المصادر .

ففي السنة يقول القرآن الكريم : « ومن يشاقق الرسول من بعدما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا »(٣)

فمن هذه الآية نرى أن الاجماع سند وأساس في التشريع الإسلامي .

وفي القياس يقول : قال الله تعالى « فاعتبروا يا أولى الأبصار »(٤)

فإن هذه الآيات وغيرها تنادي بحجية القياس ، باعتباره دليلاشرعياً .

وبعد : فالقرآن(٥) هو المعجزة الخالدة للرسول ﷺ تحدى به العرب فعجزوا مع أنهم أرباب فصاحة وبلاغة ، وقصة تحديهم موجودة في مواضع متفرقة من القرآن منها : قوله تعالى : « وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله ... » (٦)

---

(١) المدخل للشيخ محمد مصطفى شلبي ص٧٩

(٢) سورة الأنعام آية ٣٨

(٣) سورة النساء آية رقم ١١٥

(٤) سورة الحشر آية ٢

(٥) المدخل للدكتور مصطفى شلبي ٩٧

(٦) سورة البقرة ٢٣

ولقد شهد له ألد أعداء الرسول وهو الوليد بن المغيرة، حين سمع الرسول ﷺ يقرأ منه شيئا فقال لقومه : والله ما منكم رجل أعرف بالأشعار منى، والله ما يشبه الذى يقوله شيئاً من هذا، والله إن لقوله لحلاوة وإن عليه لطلاوة، وإن أعلاه لمثمر، وإن أسفله لمغدق، وإنه يعلو ولا يعلى عليه.

وقد تحدث القرآن عن أمور غيبية، وأخبر بأنها ستقع فى المستقبل وقد وقعت هذه الحوادث فعلا(١).

ومن هذا القبيل إخبار القرآن الكريم عن انتصار الفرس على الروم فى المستقبل قال تعالى : « ألم غلبت الروم فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون فى بضع سنين لله الأمر من قبل ومن بعد ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ينصر من يشاء وهو العزيز الرحيم»(٢).

ولقد أحدث هذا الخبر ضجة بين مشركى العرب، إذ كانت الروم قد بلغت درجة واضحة من الضعف حتى اجتاحت أراضيها جيوش الفرس ولهذا لم يصدق مشركو العرب ما أخبر به القرآن، واعتقدوا أن ذلك بعيد الاحتمال ثم ما لبثوا أن رأوا ذلك حقيقة أمام أعينهم كما تحدث القرآن الكريم

---

(١) مدخل الدكتور صبحي ص ٢٥٧

(٢) سورة الروم اية ١ ، ٢

المصدر الثانى

السنـــة

وهى (١) : ما صدر عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير :
ومعنى التقرير : أن يقول أو يفعل بعض الصحابة شيئاً بمحضر من النبى ﷺ . فيسكت عنه . أو يستحسنه فيعتبر هذا أو ذاك موافقة له عليه.

وقد يبلغ الرسول ﷺ ذلك عن صحابى غائب عن مجلسه فيقره عليه ـ فيكون هذا موافقة له أيضاً على ما قال أو فعل .

وعلى هذا : فالسنة ثلاثة أنواع ـ سنة قولية وسنة فعلية وسنة تقريرية .

فالسنة التقريرية

هى ـ ما قدمنا ، ويمثل لها الفقهاء إقراره ﷺ قضاء على ابن أبى طالب فى حادثة الزبية باليمن ومنها : ما روى أن الصحابة رضى الله عنهم أكلوا لحم ضب فلم ينكر عليهم الرسول ﷺ ذلك .

والسنة القولية

هى ــ الأحاديث المروية عن الرسول ﷺ كقوله عليه السلام « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى ... »(٢) وقوله ﷺ

---

(١) أما السنة فى اللغة : هى ــ الطريقة : حسنة كانت أو سيئة ومنه قوله ﷺ : « ومن سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة » . وقيل السنة خاصة بالطريقة الحسنة .

(٢) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ١٤١٣

لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه » . وقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »

والسنة الفعلية

هى كل ما صدر عن الرسول عليه السلام من أفعال يقصد بها التشريع، كوضوئه وصلواته ونسكه وغير ذلك .

حجية السنة فى التشريع

لا نزاع فى أن السنة حجة فى التشريع بجانب القرآن الكريم ، أى يجوز أن يستنبط منها الأحكام الشرعية ، وأنها مصدر من مصادر التشريع المعتبرة وأنه يجب العمل بمقتضاها ، وقد دلت على حجيتها أدلة كثيرة منها :

قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ... »(١)

وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول »(٢) وقوله تعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما » (٣) ويقول الرسول ﷺ : تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتى (٤) .

ويقول « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى ... »

وفى النهاية . فالسنة منسوبة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبتت

---

(١) سورة الحشر آية ٧

(٢) سورة النساء آية ٥٩

(٣) سورة النساء آية ٥٦

(٤) الفتح الكبير للنبهانى ج ٢ ص٢٦

عصمته من الكذب فيكون صادقاً فى كل ما يصدر عنه ، وذلك لأن منصب الرسالة منصب التبليغ عن الله تعالى ، والبيان لأوامره ونواهيه قال الله سبحانه : « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته » (١) « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم (٢) ومن ثم كانت السنة هى مفتاح الكتاب والنبراس الذى يهتدى به إلى كشف حقائقه ، والوقوف على دقائقه ، ومن هنا كانت السنة حجة فى التشريع ، وواجبة الاتباع .

فقد قيل لمطرف بن عبدالله (٣) : لا تحدثونا إلا بالقرآن ، فقال : والله لا نبغى بالقرآن بدلا ، ولكن نريد من هو أعلم منا بالقرآن .

وروى الأوزاعى عن حسان بن عطية قال : كان الوحى ينزل على رسول ﷺ ويحضره جبريل بالسنة التى تفسر ذلك .

ولما كانت السنة هى المصدر الثانى للتشريع فقد حرص علماء المسلمين على إحاطتها بسياج من التحفظ حتى يتبين الصحيح من الموضوع .

علامات الوضع فى الحديث

لقد وضع العلماء قواعد لمعرفة الموضوع وذكروا له علامات يعرف بها وهى تنقسم إلى قسمين علامات فى السند وعلامات فى المتن .

---

(١) سورة المائدة ٦٧

(٢) سورة النحل ٤٤

(٣) هو — عبدالرحمن بن عمرو الشامى كان يسكن دمشق . ثم تحول إلى بيروت . فسكنها إلى أن توفى بها ، وأخذ عن مالك ، ومالك أخذ عنه ، وكانت إليه فتوى أهل الشام لسعة علمه ، وكمال فضله حتى أنه أفتى فى سبعين ألف مسألة وهو من الأئمة المجتهدين لهم مذاهب خاصة ، توفى سنة ١٥٧ هـ

علامات الوضع في السند :

وهي كثيرة من أهمها :

أولا : أن يكون راويه كذابا معروفا بالكذب ولا يرويه ثقة غيره وقد عنوا بمعرفة الكذابين وتواريخهم وتتبعوا ما كذبوا فيه بحيث لم يفلت منهم أحد .

ثانياً : أن يعترف واضعه بالوضع كما اعترف أبو عصمة نوح بن أبي مريم بوضعه أحاديث فضائل السور .

وكما اعترف عبد الكريم بن أبي العوجاء بوضع ربعة آلاف حديث يحرم فيها الحلال ويحلل فيها الحرام .

ثالثاً : أن يروى الراوى عن شيخ لم يثبت لقياه له أو ولد بعد وفاته أو لم يدخل المكان الذى ادعى سماعه منه .

كما ادعى مأمون بن أحمد الهراوى أنه سمع من هشام بن عمار فسأله الحافظ ابن حبان : متى دخلت الشام ؟ قال سنة خمسين ومائتين قال ابن حبان : فإن هشاماً الذى تروى عنه مات سنة خمس وأربعين ومائتين .

وكما حدث عبدالله بن إسحاق الكرمانى عن محمد بن أبي يعقوب فقيل له . مات محمد قبل أن تولد بتسع سنين .

وكما حدث فى مقدمة مسلم : أن المعلى بن عرفان قال : حدثنا أبو وائل قال خرج علينا ابن مسعود بصفين وقال أبو نعيم يعنى الفضل بن دكين حاكية عن المعلى أتراه بعث بعد الموت ؟ وذلك لأن ابن مسعود توفى سنة اثنتين أو ثلاثة وثلاثين قبل انقضاء خلافة عثمان بثلاث سنين :

ولا شك أن العمدة فى مثل هذه الحالة على التاريخ تاريخ مواليد الرواة وإقامتهم ورحلاتهم وشيوخهم ووفاتهم ولذلك كان علم الطبقات علما قائماً

بذاته لا يستغنى عنه نقاد الحديث قال حفص بن غياث القاضى : إذا اتهمتم الشيخ فحاسبوه بالسنين يعنى سنه وسن من كتب عنه .

وقال سفيان الثورى : لما استعمل الرواة الكذب استعملنا لهم التواريخ.

رابعاً : وقد يستفاد الوضع من حال الراوى وبواعثه النفسية مثل ما أخرجه الحاكم عن سيف بن عمر التميمى أنه قال : كنا عند سعد بن طريف فجاء ابنه من الكتاب يبكى فقال مالك ؟ قال ضربنى المعلم فقال سعد لأخزينهم اليوم .

حدثنى عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً (معلمو صبيانكم شراركم أقلهم رحمة لليتيم وأغلظهم على المسكين) ومثل حديث « الهريسة تشد الظهر » فإن واضعه محمد بن الحجاج النخعى كان يبيع الهريسة .

علامات الوضع فى المتن :

أما علامات الوضع فى المتن فهى كثيرة أهمها :

أولا : ركاكة اللفظ : بحيث يدرك العليم بأسرار البيان العربى أن مثل هذا اللفظ ركيك لا يصدر عن فصيح ولا بليغ فكيف بسيد الفصحاء ﷺ

قال الحافظ ابن حجر : « ومحل هذا إن وقع التصريح بأنه من لفظ النبى ﷺ » قال ابن دقيق العيد : كثيرا ما يحكمون بذلك أى بالوضع باعتبار أمور ترجع إلى المروى وحاصله أنهم لكثرة ممارستهم لألفاظ الحديث حصلت لهم هيئة نفسانية وملكة قوية يعرفون بها ما يجوز أن يكون من ألفاظ النبى وما لا يجوز .

قال البلقينى : وشاهد هذا أن إنساناً لو خدم إنساناً سنين وعرف ما يحب وما يكره فادعى إنساناً أنه كان يكره شيئاً يعلم ذلك أنه يحبه فبمجرد سماعه يبادر إلى تكذيبه .

ثانياً : فساد المعنى : بأن يكون الحديث مخالفاً لبدهيات العقول من غير أن يمكن تأويله مثل : « إن سفينة نوح طافت بالبيت سبعاً وصلت عند المقام ركعتين »

أو أن يكون مخالفا للقواعد العامة فى الحكم والأخلاق مثل « جور الترك ولا عدل العرب » أو داعياً إلى الشهوة والمفسدة مثل « النظر إلى الوجه الحسن يجلى البصر »

أو مخالفاً للحس والمشاهدة مثل « لا يولد بعد المائة مولود لله فيه حاجة »

أو مخالفاً لقواعد الطب المتفق عليها مثل « الباذنجان شفاء من كل داء »

أو أن يكون مشتملا على سخافات يصان عنها العقلاء مثل « الديك الأبيض حبيبى وحبيب حبيبى جبريل »

وهكذا كل ما يرده العقل بداهة فهو باطل مردود .

قال ابن الجوزى : « ما أحسن قول القائل : كل حديث رأيته تخالفه العقول وتناقضه الأصول وتباينه النقول فاعلم أنه موضوع »

ثالثاً : مخالفته لصريح القرآن : بحيث لا يقبل التأويل مثل « ولد الزنا لا يدخل الجنة إلى سبعة أبناء » .

فإنه مخالف لقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » بل هذا الحديث موضوع مأخوذ من التوراة فإنه من أحكامها . أو يكون مخالفاً للقواعد العامة المأخوذة من القرآن والسنة مثل « من ولد له ولد فسماه محمدا كان هو ومولوده فى الجنة »

فإن هذا مخالف للمعلوم المقطوع به من أحكام القرآن والسنة من أن النجاة بالأعمال الصالحة لا بالأسماء والألقاب أو أن يكون مخالفاً للإجماع مثل « من قضى صلوات من الفرائض فى آخر جمعة من رمضان كان ذلك جابرا لكل صلاة فاتته من عمره إلى سبعين سنة »

فإن هذا مخالف لما أجمع عليه من أن الفاتحة لا يقوم مقامها شيء من العبادات .

رابعا : موافقة الحديث لمذهب الراوى : وهو متعصب مغال فى تعصبه كأن يروى رافضى حديثاً فى فضائل أهل البيت أو مرجىء حديثاً فى الإرجاء مثل ما رواه حبة بن جوين قال : سمعت علياً رضى الله عنه قال : عبدت الله مع رسول الله قبل أن يعبده أحد من هذه الأمة خمس سنين أو سبع سنين .

قال ابن حبان . كان حبة غاليا فى التشيع واهيا فى الحديث .

خامساً : اشتمال الحديث على إفراط فى الثواب العظيم على الفعل الصغير والمبالغة بالوعيد الشديد على الأمر الحقير : وقد أكثر القصاص من مثل هذا النوع ترقيقاً لقلوب الناس وإثارة لتعجبهم مثل « من صلى الضحى كذا أو كذا ركعة أعطى ثواب سبعين نبيا » ومثل من قال : لا إله إلا الله خلق الله تعالى طائرا له سبعون ألف لسان لكل لسان سبعون ألف لغة يستغفرون له »

سادسا : مخالفته لحقائق التاريخ المعروفة فى عصر النبى ﷺ . مثل حديث أن النبى ﷺ وضع الجزية على أهل خيبر ورفع عنهم الكلفة والسخرة بشهادة سعد بن معاذ وكتابة معاوية بن أبى سفيان على أن الثابت فى التاريخ أن الجزية لم تكن معروفة ولا مشروعة فى عام خيبر وإنما نزلت آية الجزية بعد عام تبوك وأن سعد بن معاذ توفى قبل ذلك فى غزوة الخندق وأن معاوية إنما أسلم زمن الفتح . فحقائق التاريخ ترد هذا الحديث وتحكم عليه بالوضع .

سابعا : أن يتضمن الحديث أمرا من شأنه أن تتوفر الدواعى على نقله لأنه

---

(١) الأنعام ١٦٤

وقع بمشهد عظيم ثم لا يشتهر ولا يرويه إلا واحد .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : « ومن هذا الباب نقل النص على خلافة علي فإنا نعلم أنه كذب من طرق كثيرة .

فإن هذا النص لم يبلغه أحد بإسناد صحيح فضلا عن أن يكون متواترا .

ولا نقل إن أحداً ذكره على وجه الخفاء مع تنازع الناس في الخلافة وتشاورهم فيها يوم السقيفة وحين موت عمر وحين جعل الأمر شورى بينهم في ستة ثم لما قتل عثمان واختلف الناس على علي فمن المعلوم أن مثل هذا النص لو كان كما تقوله الرافضة من أنه نص على علي نصاً جلياً قاطعا للعذر وعلمه المسلمون لكان من المعلوم بالضرورة أنه لا بد أن ينقلها الناس نقل مثله وأنه لا بد أن يذكره كثير من الناس بل أكثرهم في مثل هذه المواطن التي تتوافر الهمم على ذكره فيها غاية التوفر فانتفاء ما يعلم أنه لازم يقتضي انتفاء ما يعلم أنه ملزوم (١)

هذه هي أهم القواعد التي وضعها العلماء لنقد الحديث ومعرفة صحيحه من مرفوعه .

بل لقد زاد العلماء على ذلك وجعلوا للذوق الفني مجالا في نقد الحديث ورده أو قبوله فكثيرا ما ردوا أحاديث لمجرد سماعهم لها لأن ملكتهم الفنية لم تستسغها ولم تقبلها ومن هنا تراهم يقولون « هذا الحديث عليه ظلمة أو متنه مظلم أو ينكره القلب أو لا تطمئن له النفس .

وليس ذلك بعجيب فقد قال الربيع بن خيثم : « إن من الحديث حديثاً له ضوء النهار تعرفه به . وإن من الحديث حديثاً له ظلمة كظلمة الليل تعرفه بها

ويقول ابن الجوزي : (الحديث المنكر يقشعر له جلد الطالب للعلم وينفر منه قلبه في الغالب » (٢)

---

(١) منهاج السنة ٤ / ٢١٨

(٢) الحاكم في معرفة علوم الحديث ص ٢٦ ، والسنة ومكانتها في الشريعة للمرحوم مصطفى السباعي ص ١٠٢

مقارنة بين القرآن والسنة

أولا : من ناحية الألفاظ :

فقد ثبت أن جميع ألفاظ القرآن الكريم كلها من عندالله سبحانه وتعالى نزل بها رسول الوحى (جبريل عليه السلام) على الرسول صلى الله عليه وسلم.

أما السنة : فإن ألفاظها من عند الرسول عليه السلام ، وأما معانيها فمن عند الله تعالى :

ثانياً : من ناحية النقل إلينا .

فمن الثابت يقيناً ومن المعلوم بالدين على وجه الضرورة أن القران الكريم نقل إلينا جميعه بطريق التواتر عن الرسول صلى الله عليه وسلم — حفظا وتدويناً .

أما السنة : فمنها ما جاء بطريق الآحاد وهو كثير ومنها ما جاء بطريق التواتر وهو قليل .

أنواع السنة باعتبار روايتها :

قسم الجمهور السنة باعتبار روايتها إلى قسمين : متواترة ، وأحاد وزاد الحنفية على هذين القسمين قسما اخر وهو السنة المشهورة وعلى هذا تكون أنواع السنة من حيث الرواية ثلاثة :

متواترة — مشهورة — احاد .

(١) فالسنة المتواترة :

وهى الخبر الذى بلغت رواته فى الكثرة مبلغاً تحيل العادة تواطؤهم على الكذب .

وذلك كأن يرويه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة تحيل العادة تواطؤهم على الكذب ، ثم يرويه عن هذا الجمع جمع من التابعين متصفين بهذا الوصف . ثم يرويه عن التابعين جمع من تابعي التابعين كذلك .

وهذا النوع كثير في السنن الفعلية كالسنن التي رويت في كيفية وضوئه وصلاته عليه السلام . لأن هذه الأعمال متكررة ، وبتكررها اطلع عليها الجمهور من الصحابة . ونقلها عنهم خلق كثير يستحيل اتفاقهم على الكذب .

أما السنة القولية فالمتواتر فيها قليل جدا منها حديث « لا تكتبوا عني . ومن كتب عني غير القرآن فليمحه ، وحدثوا عني ولا حرج . ومن كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار »(١) .

ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ويل للأعقاب من النار »(٢) . فالحديث الأول رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أكثر من مائة صحابي والحديث الثاني رواه إثنا عشر صحابيا .

ولا يشترط في هذا الجمع الذي يمتنع اتفاقه على الكذب عدد معين على الراجح ، بل المعول عليه هو أن الرواة لا يتوهم إتفاقهم على الكذب عادة . فاذا قضى العقل بأن رواة هذا الحديث جمع يمتنع اتفاقهم على الكذب عادة في عصر الصحابة ثم عصر التابعين ، ثم عصر تابعي التابعين كان هذا الحديث متواتراً دون تقيد بعدد معين .

أنواع التواتر :

والتواتر نوعان :

١ — تواتر لفظي : وهو الذي اتفق فيه جميع رواة الحديث على لفظه ومعناه .

٢ — تواتر معنوى : وهو أن يكون ما يرويه بعض أفراد هذا الجمع مختلفاً مع ما يرويه الآخر فى اللفظ . لكنه متفق المعنى .

حكم السنة المتواترة :

إنها تفيد العلم واليقين ، لأنها ثابتة عن الرسول صلى الله عليه وسلم قطعياً فهى حجة يجب العمل بها . ويكفر جاحدها كالقرآن .

(ب) السنة المشهورة : هى الأحاديث التى رواها عن الرسول صلى الله عليه وسلم عدد معين من الصحابة لم يبلغ حد التواتر ثم تواتروا فى عصر التابعين وتابعى التابعين ـ أى أن الرواة كانوا آحاداً فى العصر الأول ثم تواتروا بعد ذلك . كحديث « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » .

وكحديث « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » فهذا الحديث قد رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب ثم رواه عن عمر جمع من التابعين يمتنع تواطؤهم على الكذب ، ثم رواه عن هذا الجمع جمع من تابعى التابعين .

حكم السنة المشهورة : أنها تفيد ظناً قوياً يقرب من اليقين .

الفرق بين السنة المتواترة والمشهورة :

١ — السنة المتواترة يشترط فيها توفر الجمع الذى يمتنع اتفاق أفراده على الكذب فى العصور الثلاثة .

أما السنة المشهورة فجمع التواتر فيها لا يكون إلا فى عصر التابعين وتابعى التابعين . أما عصر الصحابة فيشترط ألا يبلغوا حد التواتر .

٢ — السنة المتواترة تفيد العلم واليقين .

أما السنة المشهورة فتفيد الطمأنينة والظن القريب من اليقين .

سنة الآحاد :

هى الخبر الذى يبلغ رواته حد التواتر ، سواء قل هذا العـــدد أو كثر ولـكنه لا يمنع تواطؤهم على الـكذب . وأكثر السنة النبــــوية من هذا النوع .

حـكم سنة الآحاد : أنها لا تفيد إلا الظن ولا تفيد العلم واليقين إلا إذا إحتفت بها قرائن خارجية . كأن تتلقاها الأمة بالقبول ويجب العمل بهـا شرعا فى الأحكام العملية .

علاقة السنة بالقرآن :

السنة فى المرتبة الثانية فى الاحتجاج بعد القرآن ، نظراً لأن القرآن قطعى وثبوت السنة ظنى الجملة .

ومن المعهود لنا أن المقطوع به مقدم على المظنون ، ويشهد لذلك ما جاء فى الآثار والأخبار .

منها على سبيل المثال : ما جاء فى حديث معاذ(١) حين أرسله الرسـول صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقال له : بماذا تقضى ؟ قال : أقضى بـكتاب الله قال : فان لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله . قال فان لم تجد ؟ قال أجتهد .

---

(١) هو — معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الخزرجى الأنصارى ويـكنى أبا عبد الرحمن ، وهو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار ، وشهد بدراً وما بعدها . وآخى النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين عبـد الله بن مسعود وكان عمره لما اسلم ثمانى عشرة سنة . من حفاظ القرآن الكريم قال الرسول عليه السلام خذوا القرآن عن أربعة وعد منهم معاذا ولاه الرسول قضاء اليمن . توفى سنة ١٨ هـ

وما جاء فى كتاب عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى شريح (١) القاضى . « أنظر ماتبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً ، ومالم يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه سنة رسول الله ﷺ » ومثل ذلك كثير فى كلام السلف والعلماء (٢) .

منزلة السنة من الكتاب بالنسبة للاحكام الواردة فيهما :

إذا تتبعنا ما جاء فى السنة من الأحكام ، وقارناها بما جاء فى الكتاب العزيز ، وجدنا أن الأحكام الواردة منها قد تأتى مبينة وشارحة لما جاء فى القرآن الكريم ، وقد تأتى مؤكدة له ، أو بإنشاء حكم شرعى لم يرد فى القرآن فانواعها فى هذا المجال ثلاثة أنواع : مبينة ـ مؤكدة ـ مستقلة .

١ ـ فالسنة المبينة والشارحة :

وهى ـ تلك التى تشرح الامور المجملة التى وردت فى القرآن الكريم حيث وردت به نصوص كثيرة تحتاج إلى إيضاح ومزيد بيان ، فجاءت السنة واهمدت بالإيضاح والشرح والبيان ، وقد تنوعت بالنسبة لهذا الاعتبار إلى :

(أ) السنة المبينة لمجمل الكتاب : وبيان أن الامر قد يأتى فى القرآن مجملا ، فتأتى السنة وتفسره ، فقد جاء الأمر بإقامة الصلاة فى القرآن الكريم

(١) هو أبو أميه شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندى ـ اختلف فى صحبته ـ ولى قضاء الكوفة زمن عمر واستمر بها قاضيا إلى أن ولبها الحجاج فى خلافة عبد الملك فطلب منه أن يعفيه من القضاء فاعفاه ، وكان من أعلم الناس بالقضاء وطرقه ـ شديد الذكاء حاضر البديهة يحفظ كثيراً من الأحاديث ـ عمر طويلا حتى تجاوز المائة ـ توفى بالكوفة سنة ٨٧ هـ وقيل سنة ٨٢ . الأعلام جـ ص ١٤٦ ، الاصابه جـ ٢ ص ١٤٥ ، الاستيعاب جـ٢ ص ١٤٨ .

(٢) الموافقات للشاطبى جـ٢ص ٧

بقوله تعالى : « وأقيموا الصلاة(١) من غير بيان عدد ركعاتها، ولا كيفية أدائها ، ثم جاءت السنة فبينت كل هذا بيانا واضحا لا لبس فيه ولا غموض

ومن هذا القبيل ما أشكل علينا فهمه مثل قوله تعالى : « وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر»(٢) فجاءت السنة ووضحت أن المراد من الخيط الأبيض والخيط الأسود ، هو بياض النهار وسواد الصبح .

(ب) السنة المقيدة لمطلق الكتاب :

وذلك كما فى قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما(٣) » فاليد مطلقة فى الآية غير مقيدة بكونها اليمين أو الشمال ، فجاءت السنة وقيدت هذا الإطلاق بكون اليد المقطوعة هى اليمين ، كما أن القطع لم يقيد بموضع خاص من الأيدى ، ولكن السنة قيدته أيضا بكونه من الرسغ(٤) .

(ج) السنة المخصصة لعام القرآن :

بالنظر فى القرآن الكريم نجد فيه نصوصا كثيرة وردت عامة مثل قوله تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم(٥) » فالآية عامة فى حل من وراء من ذكرن من المحرمات فى أول الآية .

فجاءت السنة المطهرة وخصصت هذا العموم وقصرته على بعض أفراده

---

(١) سورة البقرة آية ٤٣

(٢) سورة البقرة اية ١٨١

(٣) سورة المائدة آية رقم ٢٨ .

(٤) الرسغ : هو مفصل ما بين الساعد والكف ، والساق والقدم .
انظر : المعجم الوسيط ج١ص٣٤٤ .

(٥) سورة النساء . آية رقم ٤٢ .

وذلك بقوله ﷺ : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم(١) » ومثل قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين(٢) » فعموم الآية يدل على أن كل ولد وارث قاتلا أو غير قاتل .

٢ — السنة المؤكدة :

وهى — الأحاديث التى تؤكد المعانى والأحكام التى جاءت فى بعض آيات القرآن الكريم .

ومثل هذا النوع كثير لا يعد ولا يحصى ، ويكون للحكم فى هـذه الحالة دليلان :

الأول : مثبت للحكم وهو النص الوارد فى كتاب الله تعالى .

والثانى : مؤكد للحكم وهو النص الوارد فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ومن أمثلة تلك السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يحل مال امرىء إلا عن طيب نفس منه (٣) » فان هذا المعنى الوارد فى الحديث جاء تأكيداً لما وردت به الآية « ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٤) .

فان هذا الحديث جاء موافقا ومؤكدا للآية .

---

(١) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٢١
(٢) سورة النساء آية رقم ١١
(٣) الفتح الكبير جـ ٣ ص ٢٥٣
(٤) سورة النساء ايه رقم ٢٩

ومن هذا النوع أيضا قول الرسول ﷺ : « اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله(١) » .

فإن هذا الحديث جاء مؤكداً ومؤيداً لقوله تعالى : وعاشرهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً(٢) .

ومن هذا النوع أيضا : قوله ﷺ : إن الله ليملى للظالم حتى إذا أخذه لم يفلته(٣) .

فإن هذا الحديث جاء موافقا ومؤكداً لقوله تعالى : « وكذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى وهى ظالمة إن أخذه أليم شديد(٤) » .

٣ — السنة المستقلة :

هى — التى استقلت بأحكام شرعية لم يرد ذكرها فى القرآن الكريم ، بل أتت بها السنة ابتداء ، وأمثلة ذلك كثيرة :

منها : ثبوت الميراث للجدة فقد دل عليه ماروى أن الجدة ذهبت إلى أبى بكر رضى الله عنه تبغى الميراث ، فقال لها : مالك فى كتاب الله شىء . وما علمت لك فى سنة رسول الله ﷺ شيئاً(لم يكن قد بلغه الحديث)

---

(١) الترغيب والترهيب
(٢) سورة النساء آية رقم ١٩
(٣) الفتح الكبير ج ١ ص ٢٤٦
(٤) سورة النساء آية رقم ١٥٢

فارجعي حتى أسأل الناس . فسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة (١) حضرت رسول الله ﷺ وقد أعطاها السدس . فقال هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري ، فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبة ، فأنفذه لها أبو بكر (٢) فحكم ميراث الجدة لم يرد في القرآن وإنما استقلت به السنة .

ومنها جواز الرهن في غير السفر فقد ثبت بما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد (٣)

فجواز الرهن في غير السفر لم يأت في القرآن ، وإنما ثبت حكمه من السنة التي جاءت به استقلالا .

ومنها : رجم الزاني المحصن — فقد ثبت بما جاء في قصة الغامدية وكحل ميتة البحر ، وتحريم التحلي بالذهب ، ولبس الحرير على الرجال ، وغير ذلك مما جاءت به السنة ، وكان مسكوتا عنه في القرآن الكريم .

وقد نازع بعض العلماء في هذا النوع الأخير من السنة ، وأنكروا استقلال القدية بالتشريع ، وقالوا إن السنة لا تستقل بإنشاء أحكام شرعية ابتداء، لأن الأحكام كلها وردت في القرآن الكريم إما على سبيل الإجمال أو التفصيل ،

---

(١) هو أبو عبدالله المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي - كان ممن شهد بيعة الرضوان روى عدداً من الأحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم — اشتهر بشدة الدهاء حتى عد من دهاة العرب ، ولاه عمر إمرة البصرة ثم عزله ثم ولاه معاوية إمرة الكوفة فبقى بها حتى سنة ٥٠ هـ . انظر الاستيعاب جـ ٢ ص ٣٨٧ ، الإصابة جـ ٣ ص ٤٥٢ وما بعدها .

(٢) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٩٠٩

(٣) جمع الجوامع للسيوطي

لقول الله تعالى : « ما فرطنا فى الكتاب من شىء »(١) وقوله تعالى « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين(٢) »

أما جمهور الفقهاء فقد قرروا أن السنة قد تستقل بتشريع بعض الأحكام، ودليلهم على هذا ما يلى .

١ — أن كون القرآن تبياناً لكل شىء لا يتعارض مع ورود بعض الأحكام فى السنة وعدم ورودها فى القرآن ، وذلك لأن بيان القرآن للأحكام لم يكن كله على سبيل التفصيل ، بل كان يأتى تارة على سبيل الإجمال والتأصيل ومن القواعد التى أصلها القرآن أن السنة يجب اتباعها والعمل بها مصداقا لقول الحق تبارك وتعالى : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »

فكل حكم لم يرد فى القرآن وورد فى السنة فهو مندرج تحت هذه النصوص.

٢ — ما رواه أبو داود عن المقدام بن معد يكرب ، عن رسول الله ﷺ أنه قال « ألا إنى أوتيت الكتاب ومثله معه ، ولا يوشك رجل شبعان على أريكته (٣) يقول : عليكم بهذا القرآن ! فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه وما وجدتم فيه من حرام فحرموه ، ألا لا يحل لكم الحمار الأهلى ولا كل ذى ناب من السبع ... (٤) » .

فقد دل هذا الحديث على أن الرسول ﷺ حذر من ترك العمل بالسنة المستقلة كما بين بأنه أوتى الكتاب ومثله — وهو السنة — معه ، وأن السنة قد استقلت بأحكام مثل التى ذكرها فى الحديث .

---

(١) سورة الأنعام ٣٨

(٢) سورة النحل ٧٩

(٣) الأريكة : مقعد منجد : المعجم الوسيط جـ ١ ص ١٤

(٤) سنن أبى داواد جـ ٢ ص ٤٠٥ ط مصطفى الحلبى سنة ١٩٥٢

٣ — الإجماع :

فقد أجمع فقهاء المسلمين على وجوب العمل بأحكام لا وجود لها فى كتاب الله ، وإنما وردت فى السنة فقط مثل إجماعهم على أن للجدة السدس فى الميراث .

وقد تم الإجماع والعمل به قبل ظهور المخالف ، ومن ثم فلا عبرة بقوله لأنه قول مخالف لإجماع سابق .

٤ — ما روى أن امرأة جاءت إلى عبدالله بن مسعود (١) ، وقالت له : بلغنى أنك تلعن كيت وكيت وتقول : لعن الله الواشمات والمستوشمات (٢) والنامصات (٣) والمتنمصات والمتفلجات (٤) للحسن المغيرات خلق الله وقد قرأت ما بين دفتى المصحف فلم أجد ذلك .

فقال لها ابن مسعود : لو كنت قرأتيه لعلمتيه ، فقالت : وأين أجد ذلك ؟

---

(١) هو — عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهزلى . صحابى مشهور ، وأسلم قديما ، وهاجر الهجرتين ، وشهد بدراً وما تلاها من غزوات ، ولازم النبى ﷺ ، وحدث عنه بالكثير من الأحاديث ، وهو أول من جهر بالقرآن فى مكة ، توفى سنة ٣٢ هـ (الإصابة جـ ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها ، تهذيب الأسماء القسم الأول جـ ١ ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٢) الوشم : ما يكون من غرز الإبرة فى البدن وذر الكحل عليه وغيره حتى يزرق أثره أو يخضر . والواشمة : هى التى تفعل ذلك بغيرها . والمستوشمة هى التى تطلب فعل ذلك من غيرها . انظر : المعجم الوسيط جـ ٢ ص ٩٥٥

(٣) النمص . إزالة الشعر من الوجه بالملقاط ، يقال تنمصت المرأة : نتفت شعر جبينها بخيط . والنامصة : هى التى تفعل ذلك . والمتنمصة هى التى تطلب ذلك . انظر المعجم الوسيط جـ ٢ ص ٩٥٥

(٤) التفليج : هو — تفريق ما بين الأسنان . المعجم الوسيط جـ ٢/٦٩٩

قال ابن مسعود : فى قوله تعالى : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » فإنه يدل دلالة واضحة على أن ما جاء عن رسول الله ﷺ من حكام فهو فى كتاب الله لهذه الاية وغيرها من الآيات كقوله تعالى : « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى »(١)

نسخ السنة بالقرآن والقرآن بالسنة

النسخ فى القرآن :

لا خلاف بين العلماء فى جواز نسخ القرآن بالقرآن إلا ما روى عن أبى مسلم الخراسانى من إنكاره وجود النسخ فى القرآن . وبيان ذلك فى كتب الأصول .

كما أنه لا خلاف بين العلماء فى نسخ السنة بالسنة . فان كانت متواترة يشترط فى نسخها أن يكون الناسخ متواتراً وإن كانت آحادا تنسخ بآحاد أو متواتر ويمثلون لذلك بأحاديث كثيرة منها « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » رواه مسلم .

واختلفوا فى موضعين:

الأول : فى نسخ السنة بالكتاب .

والثانى : فى نسخ الكتاب بالسنة .

وإليك موجزاً فيهما ومن أراد التفصيل فله الرجوع إلى كتب الأصول .

نسخ السنة بالكتاب :

١ — قال الجمهور من الفقهاء : إن ذلك جائز وقد وقع فعلا ومثلوا لذلك بأمثلة عدة : منها : نسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة فمن

---

(١) سورة النجم ٣ ، ٤

المعلوم أن المسلمين والنبي صلى الله عليه وسلم صـــلوا (أول هجرتهم إلى المدينة) مدة بضعة عشر شهراً متجهين إلى بيت المقدس . وليس فى ذلك نص من القرآن ثم نسخ ذلك بقوله تعالى (قد نرى تقلب وجهك فى السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام)(١) .

٢ — وقال الشافعى رحمه الله لا تنسخ السنة بالقرآن وقد علل ذلك فى الرسالة فقال : « وهكذا سنة رسول الله ﷺ لا ينسخها إلا سنة لرسول الله ﷺ ولو أحدث الله لرسوله فى أمر سن فيه غير ما سن رسول الله لسن فيما أحدث الله إليه حتى يبين للناس أن له سنة ناسخة للتى قبلها مما يخالفها وهذا مذكور فى سنته ﷺ ثم استدل لرأيه هذا فقال :

« ولو جاز أن يقال : قد سن رسول الله ثم نسخ سنته بالقرآن ولا يؤثر عن رسول الله السنة الناسخة جاز أن يقال فيما حرم رسول الله من البيوع كلها : قد يحتمل أن يكون حرمها قبل أن ينزل عليه (أحل الله البيع وحرم الربا »(٢)

وفيمن رجم من الزناة : قد يحتمل أن يكون الرجم منسوخاً لقول الله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » (٣)

وفى المسح على الخفين : نسخت آية الوضوء المسح وجاز أن يقال : لا يدرأ عن سارق سرق من غير حرز وسرقته أقل من ربع دينار لقول الله تعالى « السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » (٤) لأن اسم السرقة يلزم من سرق قليلا وكثيراً ومن حرز ومن غير حرز .

---

(١) البقرة ١٤٤
(٢) البقرة ٢٧٥
(٣) النور ٢
(٤) المائدة ٣٨

والجاز رد كل حديث عن رسول الله ﷺ فانه يقال . لم يقله إذا لم يجده مثل التنزيل وجاز رد السنن بهذين الوجهين فتركت كل سنة منها كتاب جملة تحتمل سنته أن توافقه وهى لا تكون أبداً إلا موافقة له إذا احتمل اللفظ فيما روى عنه خلاف اللفظ فى التنزيل بوجه أو احتمل أن يكون فى اللفظ عنه أكثر مما فى اللفظ فى التنزيل وإن كان محتملا أن يخالفه من وجه وكتاب الله وسنة رسوله تدل على خلاف هذا القول وموافقة ما قلناه .

هذا وتحقق علماء الشافعية مع الجمهور .

نسخ الكتاب بالسنة

للعلماء رأيان فى ذلك :

١ — قال الحنفية : يجوز نسخ الكتاب بالسنة المتواترة والمشهورة ولا ينسخ بحديث الآحاد .

وحجتهم فى ذلك :

أن المتواتر قطعى الثبوت كالقرآن والمشهور قد اكتسب من القوة نظراً لاشتهاره فى أيدى العلماء وعمل الفقهاء به ما يلحقه بالمتواتر وكل منهما وحى غير متلو فجاز نسخ الكتاب بهما .

ومثلوا لذلك بنسخ الكتاب بخبر المسح على الخفين وهو مشهور .

وبنسخ وجوب الوصية الواردة فى الآية : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف »(١)» بحديث « لا وصية لوارث » وهو حديث مشهور معمول به لدى جماهير العلماء حتى ادعى الشافعى فى الأم أنه متواتر فيما نقله عنه ابن حجر فى الفتح .

---

(١) البقرة ١٨٠

٣ — وقال الجمهور :

لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة سواء كانت متواترة أم مشهورة أم آحادا

وقد استدل الشافعي رحمه الله لقول الجمهور بقوله تعالى :

(ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها) (١) والسنة ليست مثل القرآن ولا خيراً منه.

وبقوله تعالى : « قل ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يوحى إلي » فدل ذلك على أنه متبع لكل ما يوحى إليه ولم يكن مبدلا لشيء منه والنسخ تبديل .

وقال تعالى: « لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون »(٤) فأخبر أنه مبين لما هو المنزل حتى يعمل الناس بالمنزل بعد ما تبين لهم ببيانه . وفي تجويز نسخ الكتاب بالسنة رفع هذا الحكم لأن العمل حينئذ يكون بالناسخ فإذا كان الناسخ من السنة لايكون العمل به عملا بالمنزل .

وأيضاً فمنع نسخ الكتاب بالسنة أقرب إلى صيانة رسول الله ﷺ عن طعن الطاعنين فيه .

وبالاتفاق يجب المصير في بيان أحكام الشرع إلى طريق يكون أبعد عن الطعن فيه وذلك أنه إذا جاز منه ر ... هو مخالف للمنزل في الظاهر على وجه النسخ له فالطاعن يقول : هو أول قائل وأول عامل بخلاف ما يزعم أنه أنزل إليه فكيف يعتمد قوله فيه ؟ وإذا ظهر منه قول ثم قرأ ما هو مخالف لما ظهر منه القول فالطاعن يقول : قد كذبه ربه فيما قال فكيف نصدقه ؟ وإلى هذا أشار الله بقوله : « وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل قالوا إنما أنت مفتر » (١) ثم نفى عنه هذا الطعن بقوله (قل نزله روح

---

(١) البقرة ١٠٦ (٢) يونس ١٥

القدس من ربك بالحق»(١) . ففى هذا بيان انه ليس فى نسخ الكتاب بالكتاب تعريضه للطعن وفى نسخ الكتاب بالسنة تعريضه للطعن من الوجه الذى قاله الطاعنون فيجب سد الباب لعلمنا انه مصون عما يوهم الطعن فيه .

ولاشك فى أن رأى الجمهور أقرب إلى الحق ويظهر أننا لا نجد بالتأكيد سنة نسخت قرآنا .

وما ذكره الحنفية من المسح على الخفين والوصية للوارث ليسا من هذا القبيل فالنزاع من حيث الجواز أو عدمه لا من حيث الوقوع فان ما ادعاه الحنفية من وقوع ذلك لا نسلم لهم أنه كان عن طريق السنة .

وبالتأمل فى الأدلة التى أوردوها لذلك يبدو للناظر مجال للأخذ والرد الكثيرين (٢)

هل كل ما يصدر عن الرسول ﷺ للأمة ملزم للأمة ويعتبر تشريعاً ؟

للإجابة على هذا نقول :

للرسول ﷺ صفات تتعلق بشخصه ، فتارة يتصرف بصفة أنه بشر ، وتارة أخرى يتصرف على أنه حاكم للدولة الإسلامية ، وأحياناً يتصرف بوصفه أنه رسول من عند الله مبلغ شرع ربه . ولكل حكم خاص به .

أولا : أن تصرفات الرسول ﷺ ، وكل ما صدر عنه بوصف البشرية لا يعتبر تشريعاً ، ولا ملزما للأمة ، ولا يجب على الناس الاقتداء به .

---

(١) النحل ٤٤ . (١) النحل : ١٠١

(٢) النحل : ١٠٢

(٢) انظر أصول السرخسى ج ٢ ص ٦٧ ، الرسالة للشافعى ص ١٠٦ السنة للمرحوم السباعى ص ٣٩٨

وأمثلة ذلك كثيرة : كحبه ﷺ لطعام معين أو لشراب خاص وما إلى ذلك من سائر التصرفات البشرية التى تستدعيها ظروف الحياة وتجاربها .

ثانياً : أما تصرفاته ﷺ كرئيس للدولة وكحاكم فهى ليست كذلك ملزمة للناس ، بل لهم أن يقودوا رعيتهم بالطريقة التى يرونها ملائمة لظروف المجتمع والعصر الذى يعيشون فيه ، بشرط ألا يخرجوا عن قواعد الشريعة الإسلامية العامة فى نظام الحكم من تطبيق العدل والشورى :

ثالثاً : أن تصرفاته ﷺ كرسول من عند الله ومبلغ عن ربه فكل ما يصدر عنه تحت هذا الوصف من قول أو فعل ، وسائر تصرفاته تعتبر تشريعا وسنة ملزمة للامة يجب على الناس اتباعه ، وتحرم عليهم مخالفته كبيانه ﷺ لما يجب وما يحل وما يحرم وما يكره وما يباح وما إلى ذلك .

تدوين السنة

من الثابت أن السنة النبوية لم تدون فى عهد الرسول ﷺ بل الثابت عكس ذلك فقد ورد أن النبى ﷺ قال : « لا تكتبوا عنى ، ومن كتب غير القرآن فليمحه ، وحدثوا عنى ولا حرج ، ومن كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار (١)

كما أن الثابت أن السنة لم تدون فى عصر الخلفاء الراشدين ، إذ أن فكرة تدوين السنة عرضت للخليفة عمر بن الخطاب ، فقد روى الزهرى أن عمر أراد أن يجمع السنة ، واستشار الصحابة ، فأشار عليه عامتهم بذلك ، ومكث شهرا يستخير الله سبحانه وتعالى ثم عدل عن هذه الفكرة ، وبقيت السنة

---

(١) الفتح الكبير للنبهانى ج ٢ ص ٢٣٨ ط مصطفى الحلبى

كذلك لم تدون ، وانتهى عصر الخلفاء الراشدين ثم جاء عصر الأمويين وظل الأمر على ما هو عليه بالنسبة لعدم تدوين السنة . حتى جاء عهد الخليفة الأموى عمر بن عبد العزيز(١) فعرضت له فكرة تدوين السنة ، فكتب إلى قاضى المدينة : انظر ما كان من حديث رسول الله أو سنته فاكتبه ، فإنى خفت دروس العلم وذهاب العلماء . . الخ ما جاء فى هذا الكتاب . ولكن الخليفة توفى إلى رحمة الله تعالى بعد ذلك بعام واحد ، ولم تدون السنة .

وظل الأمر كذلك حتى كثرت الرواية ، ودخل الدخلاء فى الاسلام ووضعوا المقالات ونسبوها كذبا للرسول ﷺ فقام العلماء بجمعها وتدوينها بعد أن خلصوها من الأحاديث الموضوعة .

---

(١) وهو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموى القرشى وآخر خلفاء بنى أمية ، بويع بالخلافة بعد وفاة سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ﻫ وهو أعدل من ولى الحكم من بنى أمية حتى أطلق عليه خامس الخلفاء الراشدين لتشبهه بهم وكان واسع العلم شديد الورع توفى مسموما سنة ١٠١ ﻫ وله من العمر ٤٠ سنة . انظر فوات الوفيات جـ ٢ ص ٢٠٦

الامام البخارى

هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردذبه الجعفى البخارى .

إمام المحدثين وشيخ حفاظ زمانه على الاطلاق . ولد ببخارى يوم الجمعة ١٣ شوال ١٩٤ هـ ؛ وبدأ يحفظ الحديث وهو لم يبلغ العشر سنين ثم دأب عليه ورحل فى طلبه حتى طاف أشهر الأمصار الاسلامية التى عرفت بالحديث وكما قال هو نفسه : دخلت الشام ومصر والجزيرة مرتين وإلى البصرة أربع مرات وأقمت بالحجاز ستة أعوام ولا أحصى كم دخلت إلى الكوفة وبغداد مع المحدثين .

وكان لا يسمع بشيخ فى الحديث إلا رحل إليه واختبره وسأل عنه وأخذ منه وكان آية فى الحفظ وقوة الذاكرة والبصر بعلل الأسانيد ومتونها وقصته فى بغداد حين امتحنه علماؤها تدل على مبلغ حفظه وأمانته فى هذا الفن وقد كان كافأه الله على صبره وجلده وتحمله المشاق فى سبيل السنة باقبال الناس عليه وإشادتهم بذكره وفضله قال محمود بن الناظر بن سهل الشافعى : دخلت البصرة والشام والحجاز والكوفة ورأيت علماءها كلما جرى ذكر محمد بن اسماعيل البخارى فضلوه على أنفسهم .

وكان قد سمع مرة شيخه اسحاق بن راهويه يقول لتلاميذه :

«لو جمعتم كتاباً مختصرا لصحيح سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال البخارى : فوقع ذلك فى قلبى فأخذت فى جمع الجامع الصحيح » . وقد أمضى فى جمعه وتمحيصه وتأليفه ستة عشر عاما وما وضع فيه حديثا إلا بعد أن يغتسل ويصلى ركعتين ثم يستخير الله فى وضعه .

ولم يخرج فيه إلا ما صح عن رسول الله ﷺ بالسند المتصل الذى توفر فى رجاله العدالة والضبط واللقيا .

ولم يكن يكتفى بإمكان معاصرة التلميذ للشيخ بل لابد من ثبوت سماعه منه ولقياه له .

وبهذا كان أول كتاب فى السنة على هذه الشروط الدقيقه . تجرد من الأحاديث الضعيفة والحسنة واقتصر على الأحاديث الصحيحة فقط .

وقد بوبه البخارى على أبواب العلم والفقه إلا أنه دقيق النظر جدا بعيد الغور فى الاستنباط فجاءت تراجم أبوابه وموافقة الأحاديث للترجمة غامضة فى بعض الأحيان فقد تطلب حديثا فى باب فلا تجده بل تجده فى باب آخر لا يخطر فى بالك وقد ذكر فيه عرضا الموقوف والمعلق وفتاوى الصحابة والتابعين وآراء العلماء كما جرى على تقطيع الحديث إلى أقسام يذكر فى كل باب القسم الذى يناسبه تبلغ أحاديثه على ما ذكر ابن حجر فى مقدمة فتح البارى (٧٣٩٧) بالمكرر سوى المعلقات والمتابعات والموقوفات وبغير المكرر من المتون الموصولة (٢٦٠٢) :

ولما أتم تأليفه ، وتمحيصه وعرضه على أحمد وابن معين وابن المدينى وغيرهم من أئمة الحديث فاستحسنوه وشهدوا له بالصحة إلا فى أربعة أحاديث

وقال العقيلى : « القول فيها قول البخارى » ولما أخرجه للناس وأخذ يحدث به طار فى الآفاق ذكره فهرع إليه الناس من كل فج يتلقونه عنه حتى بلغ من أخذه نحو من مائة وانتشرت نسخه فى الأمصار وعكف عليه الناس حفظا ودراسة وشرحا وتلخيصا وكان فرح أهل العلم به عظيما .

قال الذهبى : « وأما جامع البخارى الصحيح فأجل كتب الإسلام وأفضلها بعد كتاب الله تعالى .

فلو رحل الشخص لسماعه من ألف فرسخ لما ضاعت رحلته ،

هذا ولم يعن علماء الإسلام بكتاب (بعد القرآن) كما عنـــوا بصحيح البخارى حتى بلغ الذين كتبوا حوله ما بين شرح واختصار وترجمة رجال عددا كبيرا جدا وحسبك أن تعلم أن عدد شروحه فحسب بلغت اثنتين وثمانين شرحا كما ذكر ذلك صاحب كشف الظنون ، ومن أشهر هذه الشروح أربعة :

١ ـ شرح الإمام بدر الدين الزركشى واسمه التنقيح ٧٩٣ هـ.

٢ ـــ وشيخ الإسلام ابن حجر سنة ٨٥٢هـ ، فى فتح البارى وهو أجل هذه الشروح وأوفاها وأكثرها شهرة وفائدة .

٣ ـــ والعلامة العينى الحنفى سنة ٨٥٥ هـ فى عمدة القارىء .

٤ ـــ والجلال السيوطى سنة ٩١١هـ فى التوشيح .

الإمام مسلم

٢٠٤ — ٢٦١هـ

هو مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى أحد أئمة الحديث ومشاهيره ولد سنة ٢٠٤هـ نيسابور وطلب العلم منذ الصغر ثم رحل إلى أقطار الإسلام فزار العراق والحجاز والشام ومصر وأخذ عن شيوخها من مشايخ البخارى وغيره وكان شديد الحب للبخارى شـديد التقدير له وقد اقتدى به فى وضع صحيحه إلا أنه حصل بينهما جفاء فى آخر أيامهما وتوفى بنيسابور سنة ٢٦١ هـ

وضع كتاب الصحيح المشهور بصحيح مسلم وهو من أجـــل الكتب وأصحها مع صحيح البخارى :

وقد ذهب أكثر العلماء إلى ترجيح البخارى عليه لأمور منها .

أولا : اشترط البخارى اللقاء فى الراوى دون الإكتفاء بالمعاصرة بينما مسلم يكتفى بذلك .

ثانيا : دقة فقه البخارى واحتواء صحيحه على استنباطات فقهية لا توجد فى صحيح مسلم .

ثالثاً . تحرى البخارى فى أمر الرجال حتى إن الذين تكلم فيهم الحفاظ على ما فى كلامهم من مجال للنقاش بلغوا الثمانين وقد بلغ الذين تكلم فيهم من رجال مسلم مائة وستين ومع أن البخارى لم يكثر من إخراج حديثهم وأغلبهم من شيوخه الذين يعرف دخائلهم أكثر من غيره .

رابعا : قلة الأحاديث التى انتقدت على البخارى من جهة الشذوذ والإعلال بالنسبة لما انتقد على مسلم فقد بلغت عند البخارى وحده ثمانية وسبعين وقد بلغت عند مسلم وحده مائة وثلاثين .

من أجل هذا ذهب أكثر العلماء إلى ترجيح صحيح البخارى مع اتفاقهم جميعا على أن البخارى أجل من مسلم فى علم الحديث وأعلى كعبا وقد اعترف له مسلم بذلك وقد روى مسلم عن البخارى .

ولم يرو البخارى عن مسلم فشيئا . نعم يمتاز صحيح مسلم على البخارى بأمور فنية ترجع إلى التأليف فسلم لم يقطع الحديث ولم يكرر الإسناد وإنما جمع ما ورد فى الحديث كله فى باب واحد .

جمع فيه طرقه التى ارتضاها وأورد أسانيده المتعددة وألفاظه المختلفة مما جعله أسهل تناولا على الطالب من صحيح البخارى كما أنه جعل لكتابه مقدمة نفيسة بين فيها ما دعاه لجمع الصحيح ومنهجه منه .

وبلغت أحاديثه دون المكرر أربعة آلاف وقد شرحه كثير من الأئمة

الحفاظ وذكر منها صاحب كشف الظنون خمسة عشر شرحا من أشهرها شرح الإمام الحافظ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (٦٧٦) هـ.

وقد اختصره أيضا عدد من العلماء ومن أشهر مختصراته تلخيص كتاب مسلم وشرحه لأحمد بن عمر القرطبي (٦٥٦) ومختصر الحافظ زكى الدين عبد العظيم المنذرى (٦٥٦) (١) .

الإمام النسائى وسننه

٢١٥ — ٣٠٣هـ

هو أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراسانى الحافظ إمام عصره فى الحديث وقدوتهم فى الجرح والتعديل ولد سنة ٢١٥هـ بنساء بلدة مشهورة فى خراسان سمع من أئمة الحديث بخراسان والحجاز والعراق ومصر والشام والجزيرة وكان شديد التحفظ والورع بارعا فى علوم الحديث حافظا متقنا حتى نقل الذهبى أنه كان أحفظ من الإمام مسلم وتوفى رحمة الله بالرملة سنة ٣٠٣ هـ

ألف النسائى سننه الكبرى أولا مشتملة على الصحيح والمعلول ثم اختصرها فى السنن الصغرى وسماها « المجتبى » وهى تلى فى الدرجة الصحيحين لأنها أقل السنن ضعفا وقد شرح سننه الجلال السيوطى فى كتاب مختصر سماه « زهر الربى على المجتبى » . وكذلك أبو الحسن محمد بن عبد الهادى السندى الحنفى (١١٣٨) هـ اقتصر فيه على ما يحتاج إليه القارىء والمدرس من ضبط اللفظ وإيضاح الغريب

---

(١) انظر مفتاح السنة ص٤٦

الإمام أبو داود وسننه

هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأسدى السجستانى ولد سنة ٢٠٢هـ ورحل فى طلب العلم إلى العراق والشام ومصر وخراسان وكتب عن شيوخها كما أخذ عن مشايخ البخارى ومسلم كالإمام أحمد وابن أبى شيبة وقتيبة بن سعيد وغيرهم وأخذ عنه النسائى وغيره .

أثنى عليه العلماء . بالحفظ والعلم والفهم مع الورع والدين .

قال فيه الحاكم أبو عبدالله : «كان أبو داود إمام أهل الحديث فى عصره بلا مدافعة . توفى بالبصرة سنة ٢٧٥هـ .

انتقى سننه من خمسمائة ألف حديث فبلغت أربعة آلاف وثمانمائة حديث وقصرها على أحاديث الأحكام وبذلك كان أول من ألف فى الأحكام من أصحاب السنن والصحاح وسننه جامعة للأحاديث التى استدل بها فقهاء الأمصار وبنوا عليها الأحكام .

ولذلك قال الإمام أبو سليمان الخطابى فى معالم السنن : «اعلموا رحمكم الله أن كتاب السنن لأبى داود كتاب شريف لم يصنف فى علم الدين كتاب مثله وقد رزق القبول من كافة الناس فصار حكما بين فرق العلماء وطبقات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فلكل فيه ورد ومنه شرب وعليه يعول أهل العراق وأهل مصر وبلاد المغرب وكثير من أقطار الأرض فأما أهل خراسان فقد أولع أكثرهم بكتاب محمد بن إسماعيل ومسلم بن الحجاج ومن نحا نحوهم فى جمع الصحيح على شرطهما فى السبك والانتقاد إلا أن كتاب أبى داود أحسن رصفا وأكثر فقها وكتاب أبى عيسى الترمذى أيضا كتاب حسن» .

وطريقته فى تأليف سننه ما أخبر عن نفسه كما نقله ابن الصلاح فى مقدمته

ه ذكرت فيه الصحيح وما أشبهه وقاربه وما كان فى كتابه من حديث فيه وهن شديد فقد بينته ومالم أ ذكر فيه شيئا فهو صالح وبعضها أصح من بعض هذا وقد شرح سننه كثير من أهل العلم منهم الخطابى (٣٨٨) ه. وقطب الدين اليمنى الشافعى (٧٥٢ه) وشهاب الدين الرملى (٨٤٤) .

واختصرها الحافظ المنذرى (٦٥٦) ه

وهذب المختصر ابن القيم (٧٥١)

وقد شرحه شرف الحق العظيم ابادى وسماه (اعون المعبـــود) ومن المعاصرين الشيخ محمود خطاب السبكى فى شرح مستفيض .

الإمام الترمذى

وجامعه

٢٠٩ — ٢٧٠ه

هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمى الترمذى ولد بترمذ سنة ٢٠٩ أخذ الحديث عن كثيرين منهم : قتيبه بن سعيد واسحق بن موسى وسفيان ابن وكيع ومحمد بن إسماعيل البخارى و غيرهم ورحل إلى الآفاق وأخـــذ عن الخرسانيين والعراقيين والحجازيين حتى غدا إماما فى الحديث جمع إلى الدين والورع الحفظ والثقة .

قال أبو يعلى الخليلى : « ثقة متفق عليه ويكفى فى توثيقه أن إمام المحدثين محمد بن إسماعيل البخارى كان يعتمده و يأخـذ عنه » توفى رحمه الله بترمـذ سنة ٢٧٩ ه

ألف الترمذى جامعه على أبواب الفقه وغيره واشتمل على الصحيح والحسن والضعيف مع بيان درجة كل حديث فى موضعه وبيان وجه ضعفه وبين مذاهب

وعلماء الأمصار فى كل المسائل التى عقد لها أبوابا ومن ميزاته أنه أفرد فى آخره فصلا للعلل . جمع فيه قواعد هامة .

وقد شرحه كثير من العلماء : منهم أبو بكر بن العربى (٥٤٣)ه ومنهم الجلال السيوطى وابن رجب الحنبلى وعبد الرحمن الهندى وسماه (تحفة الأحوذى) .

الإمام ابن ماجه وسننه

٢٠٧ — ٢٧٣ه

هو أبو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه الحافظ ولد سنة ٢٠٧ وطلب علم الحديث ورحل فى طلبه حتى سمع أصحاب مالك والليث بن سعد روى عنه خلائق كثيرة .

يقول عنه أبو يعلى الخليلى القزوينى «وكان عالما بهذا الشأن صاحب تصانيف منها التاريخ والسنن وارتحل إلى العراقيين ومصر والشام» .

وقال ابن كثير « صاحب السنن المشهورة وهى دالة على علمه وعمله وتبحره واطلاعه واتباعه للسنة فى الأصول والفروع » .

ويشتمل على اثنين وثلاثين كتابا وألف وخمسمائة باب وعلى أربعة الآف حديث كلها جياد سوى اليسيرة توفى رحمه الله سنة ٢٧٣ه

درجة سننه : كان كثير من القدماء والمتأخرين يعدون أصول كتب الحديث خمسة البخارى ومسلم والنسائى وأبى داود والترمذى . ولكن بعض المتأخرين أضاف اليهم ابن ماجه لأنهم رأوا كتابه عظيم الفائدة فى الفقه . وأول من فعل ذلك الحافظ أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسى (٥٠٧ه) إلا أن بعضهم خالف فى ذلك ورأى أن يجعل السادس كتاب الدارمى لأن ابن ماجه اخرج

أحاديث عن رجال متهمين بالكذب وسرقة الأحاديث . وقال آخرون يجب أن يكون السادس هو الموطأ لصحته وجلاله وسنن ابن ماجه دون السنن الثلاثة فى الدرجة .

قال السيوطى فى شرح المجتبى « تفرد فيه بإخراج أحاديث عن رجال متهمين بالكذب وسرقة الأحاديث .

وبعض تلك الأحاديث لا تعرف إلا من جهتهم مثل حبيب بن أبى حبيب كاتب مالك والعلاء بن زيد وداود بن المحبر وعبد الوهاب بن الضحاك وغيرهم

شرح سننه كثيرون منهم محمد بن موسى الدميرى والسيوطى فى «مصباح الزجاجة على سنن بن ماجه »

---

(١) انظر تراجم هؤلاء فى : البداية والنهاية لابن كثير جـ ١١ ميزان الاعتدال للذهبى جـ ٢ مفتاح السنة جـ ١ السنة ومكانتها فى التشريع مصطفى السباعى

المصـدر الثالث

الإجمـــاع

تعريف الإجماع

الإجماع فى اللغة : يطلق ويراد به معنيان :

المعنى الأول : العزم على الأمر ، يقال أجمع فلان على كـذا إذا عزم عليه ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم وشركاءكم »(١) أى اعزموا عليه .

وقول الرسول ﷺ : « لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليـل »(٢) أى لم يعزم .

المعنى الثـانى : الاتفاق على الأمر ، ومنه قولهم أجمع القوم على كـذا أى اتفقوا عليه .

والفرق بين المعنيين أن الإجماع بالمعنى الأول يتصور من الواحد،وبالمعنى الثانى لا يتصور إلا من اثنين فما فوقهما (٣) .

وأما فى اصطلاح الأصوليين

فهو ـ اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ فى عصر من العصور عـــلى حـكم شرعى فى عصر غير عصر الرسول ﷺ.

ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه لا بد لتحقق الإجـاع من الأمور التالية أولا : أن يـكون الاتفاق على الحـكم من المجتهدين فى الأمة ، أما غـيرهم

---

(١) سورة يونس آية ٧١

(٢) نيل الأوطار جـ ٤ ص ٢٢٠ ط الحلبى

(٣) كشف الأسرار للبردوى جـ٣ص٢٢٦،والمعجم الوسيط جـ١ص١٣٤

من المقلدين والعوام فلا عبرة باتفاقهم ولا بخلافهم . وعلى هذا لو خلت بعض العصور من المجتهدين لم يتحقق الإجماع .

ثانياً : أن يتفق جميع المجتهدين فلا يشذ منهم أحد ، أما إذا وقع الاتفاق من الأكثر ، فإنه لا يكون إجماعا عند جمهور العلماء.. مهما قل عدد المخالفين لاحتمال أن يكون الحق مع الأقل.

ويرى بعض العلماء — مثل الطبرى (١) وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين أن اتفاق أكثر المجتهدين مع ندرة المخالف كواحد أو اثنين يعتبر إجماعا لأن الظاهر إصابة السواد الأعظم (٢) .

وقال مالك : ينعقد الاجماع باتفاق أهل المدينة ، وذلك لأن المدينة هى الجامعة للعلماء (٣) .

ثالثاً : أن يكون الاجماع بعد وفاة الرسول ﷺ ، إذ لو اتفق الفقهاء على حكم فى عهد الرسول ﷺ ووافقهم عليه كان ذلك سنة تقريرية وإن خالفهم فيه فلا عبرة باتفاقهم . وذلك لأن المصدر الوحيد للتشريع فى عصر الرسول ﷺ كان الوحى ، ومن ثم فلا يتصور بدونه .

---

(١) هو — أبو جعفر محمد جرير بن يزيد الطبرى — إمام من أجل أئمة التفسير والفقه والحديث والتاريخ — صاحب مذهب فقهى اعتنقه كثير من الناس فى عصره له كثير من الكتب أشهرها جامع البيـــان فى تفسير القرآن وتاريخ الأمم والملوك ولطيف القول فى الفقه واختلاف العلماء) توفى ببغداد سنة ٣١٠ هـ وله من العمر ٨٦ سنة أنظر . طبقات الشافعية للسبكى ١٢١/٣

(٢) راجع كشف الأسرار البردوى ٢٤٥/٣ وما بعدها .

(٣) المستصفى للغزالى ١٨٧/١

رابعاً : أن يكون ما أجمعوا عليه حكما شرعيا قابلا للاجتهاد كالحل أو الحرمة أو الصحة أو الفساد ونحوها .

أما إذا كان محل الاتفاق ليس بحكم شرعى كاتفاق علماء المنطق على بعض الأحكام العقلية . واتفاق علماء اللغة على بعض الأحكام اللغوية ، فإن كل ذلك لا يسمى إجماعا بالمعنى المراد عند علماء الأصول ، لأن الإجماع مصدر من مصادر التشريع فلا بد من كون محله حكما شرعياً .

شروط الإجماع:

اشترط الجمهور شروطا فى من ينعقد الإجماع بهم وهى ما يأتى :

١ — اتصاف المجتهد بالعدالة ، لأن النصوص الدالة على حجية الإجماع أثبتت أنهم شهداء على الناس ، والشهادة لا تكون إلا من ذوى العدالة .

٢ — ثبوت صفة الاجتهاد فى المجمعين .

٣ — إجماع كل المجتهدين ، وخلاف الواحد الصالح للاجتهاد مانع من الانعقاد كخلاف الأكثر .

٤ — وجود عدد من المجمعين فى العصر الواحد ، فلو لم يكن إلا مجتهد واحد فى العصر لا يعتبر قوله إجماعا . وقيل يعتبر قوله إجماعا لأنه كل الأمة فى عصره ولكن لفظ الإجماع يخالف هذا .

٥ — وأن يكون اتفاقهم على الحكم الشرعى إما صراحة بالقول كالفتيا والقضاء ، أو بالفعل كأن يتعامل المجتهدون جميعاً فى عصر بالمساقاة . وإما اعتبارا كأن يذكر البعض حكما شرعياً ويسكت عنه الآخرون مع علمهم به وإمكان معارضتهم .

٦ — ألا يرجع أحد منهم عن رأيه .

أنواع الإجماع

يتنوع الإجماع باعتبار كيفية حصوله إلى نوعين أساسيين:

(أ) الإجماع الصريح

(ب) الإجماع السكوتى

فالإجماع الصريح

هو — أن يتفق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بالقول أو بالفعل على حكم شرعى.

أما القول: فهو إبداء الرأى صراحة كأن يجتمع أهل الاجتهاد فى مجلس واحد، وتطرح عليهم المسألة التى يراد معرفة الحكم الشرعى فيها فتتفق كلمتهم على حكم واحد فى المسألة أو الواقعة التى أريد بيان حكمها الشرعى.

وأما الفعل: فهو قضاء المجتهد فى الحادثة المطروحة بقضاء أو بفتوى، ثم تعرض الحادثة على مجتهد ثان: فيقضى فيها بما قضى الأول، أو يفتى فيها بفتيا الأول، ثم يجىء ثالث فيفعل ذلك، وهكذا حتى يصبح الرأى متفقاً عليه من جميع المجتهدين فى ذلك العصر.

والإجماع السكوتى.

هو — أن يتكلم بعض المجتهدين بفتوى أو قضاء ويعلم بذلك باقى المجتهدين فى عصره، فيسكتون دون إبداء موافقة أو مخالفة صريحة.

وذلك لأنه إذا وجد منهم ما ينبىء إلى الموافقة وجد الإجماع الصريح. وإذا وجد ما يدل على المخالفة انعدم الإجماع.

ولكى يتحقق الإجماع السكوتى لا بد من توافر الأمور الآتية:

١ — أن يكون السكوت مجرداً عن علامة تدل على الموافقة أو المخالفة.

٢ — أن تكون المسألة من المسائل الاجتهادية التي يجوز الاجتهاد فيها، وهي ما كان دليلها ظنياً، أما إذا كان دليلها قطعيا، فلا يعتبر السكوت هنا دليلا على الموافقة، وإنما يعتبر إهمالا منهم لمن أبدى خلاف الدليل القطعي.

٣ — أن تمضي مدة زمنية قبل السكوت للبحث في المسألة وتكوين الرأي فيها (١).

٤ — ألا يوجد مانع يمنع الساكت من إبداء رأيه من خوف أو مهابة أو غيرها.

هل الإجماع حجة :

قلنا إن الإجماع قد يكون صريحا، وقد يكون سكوتياً، ولكل منهما حكم يختلف عن الآخر باعتبار الحجية وعدمها.

حجية الاجماع الصريح :

لا نزاع بين جمهور المسلمين في أن الاجماع الصريح حجة قطعية، ودليل شرعي يجب العمل به، وتحرم مخالفته شأنه في ذلك شأن الكتاب والسنة(٢)

وقد استدل جمهور الفقهاء على حجية الإجماع بالكتاب والسنة.

فالكتاب :

آيات كثيرة نذكر منها ما يأتي :

---

(١) لا يمكن تحديد هذه المدة بفترة معينة بل يختلف باختلاف المسألة المطروحة، إذ بعض المسائل تحتاج إلى مدة أطول من غيرها، وذلك بسبب الخفاء أو الوضوح في المسألة.

(٢) الأحكام للآمدي ج ١ ص ٢٨٦، مسلم الثبوت وشرحه ج ٢ ص ٢١٢ شرح الأسنوي ج ٣ ص ٨٦٠

أولا :

قوله سبحانه وتعالى . « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم ،وساءت مصيرا »(١)

فإن الله — سبحانه وتعالى — قد توعد الذين يتبعون غير سبيل المؤمنين بدخول جهنم ، وسوء المصير ، وجمع بين مشاقة الرسول، وأتباع غير سبيل المؤمنين فى الوعيد بقوله : « نوله ما تولى ونصله جهنم » فيلزم من ذلك أن يكون اتباع غير سبيل المؤمنين محرما ، لأنه لو لم يكن حراما لما جمع الله بينه وبين المحرم الذى هو المشاقة فى الوعيد ، فإنه لا يحسن الجمع بين حلال وحرام .

وإذا حرم اتباع غير سبيل المؤمنين وجب اتباع سبيل المؤمنين لأنه لا مخرج عنهما ، ويلزم من وجوب اتباع سبيلهم كون الاجماع حجة .

ثانيا :

قول الله تعالى : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا »(٢)

فالله سبحانه وتعالى عدل هذه الأمة ، لأنه جعلهم وسطا ،والوسط من كل شىء أعدله ، قال تعالى: «قال أوسطهم ألم أقل لكم لولا تسبحون »(٣)

ثالثا :

قول الله تعالى : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر »(٤)

---

(١) سورة النساء آية ١١٥

(٢) سورة البقرة آية ١٤٣

(٣) سورة القلم آية ٢٨

(٤) سورة آل عمران آية ١١٠

فالله سبحانه قد وصف فى هذه الآية الأمة الإسلامية بأنها خير أمة، وهذه الخيرية تستلزم أن يكون ما أجمع عليه مجتهدوها حقا واجب الاتباع، لأنه إذا لم يكن حقا كان ضلالا ، وإذا كان ضلالا كانوا آمرين بالمنكر ناهين عن المعروف وهو خــلاف ما تضمنته الآية الكريمة حيث جاء فى عجــزها « تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر »

وأما السنة :

فقد وردت أحاديث كثيرة تتفق كلها — وإن اختلفت صيغتها فى الدلالة على عصمة الأمة من الخطأ إذا اجتمعت كلمتها على أمر شرعى .

من هذه الأحاديث :

١ — قوله صلى الله عليه وسلم :

« لا تجتمع أمتى على ضلالة »(١)

٢ — وقوله صلى الله عليه وسلم : « سألت الله أن لا تجتمع أمتى على الضلالة فأعطانيها »(٢)

٣ — وقوله ﷺ « لا تزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق حتى تقوم الساعة » (٣)

٤ — وقوله ﷺ . « وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »(٤)

---

(١) رواه الإمام أحمد والطبرانى فى معجمه الكبير ، وهو حديث مشهور المتن وله أسانيد كثيرة ، انظر كشف الخفايا ومزيل الألباس جـ ٢ ص ٢٥٠

(٢) جمع الجوامع للسيوطى

(٣) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٥

(٤) جمع الجوامع للسيوطى

فهـذه الأحاديث — رواها الثقات — تدل على أن الاجماع حجة يجب العمل به .

وأما الاجماع السكوتى :

فقد اختلف الفقهاء فى حـكمه على قولين :

إن الاجماع السكوتى دليل ، وذلك لأن سكوت البعض يعتبر موافقة منهم للبعض الآخر ، إذ لو كان قول الذين صدر منهم الحـكم مخالفا لأنكروا عليهم هذا الحـكم وبينوا الخطأ فيه .

القول الثانى :

إن الاجماع السكوتى ليس بدليل ؛ وذلك لأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غـيرها . ولا دلالة مع الاحتمال ، كما أن القـاعدة أنه لا ينسب إلى ساكت قول .

وعلى كل حال : فأهل السنة من المسلمين يعتبرون الاجماع دليـلا شرعياً ومصدرا من مصادر الفقه الاسلامى ، متى تحقق بعد عصر الرسالة ، وليس الاجماع من المصادر التى انفردت بها الشريعة الاسـلامية فقط ، بل اعتبرته الشرائع الوضعية كذلك .

فان القوانين لا تصدر إلا بموافقة أغلبية الهيئات التشريعية ،وأن القوانين التى يجمع عليها معظم الفقهاء لها قوة ملزمة وإن لم يصدر بها تشريع .

ومن أمثلة ما ثبت من الأحكام بالاجماع : توريث الجدة السدس عندعدم الأب مع وجود الابن ، فانه ثابت بإجماع الصحابة .

وكذلك تحريم شحم الخنزير ، فإن القرآن الكريم حرم لحمه ولم يتعرض للشحم .

وقوع الاجماع:

لم يقع الاجماع فى عصر الرسول ﷺ لعدم الحاجة إليه فى ذلك الوقت لأن الرسول ﷺ كان هو المصدر الوحيد للتشريع .

وقد وقع الاجماع بعد ذلك فى عصر الصحابة لما اضطروا إليه حين تشاوروا فى بعض الأحكام التى لم ترد فى عهده ﷺ ولم يوجد فيها نص فكانوا يجتمعون ويتشاورون ويصدرون حكما جماعيا فى هذه المسألة .

أما بعد هذا العصر فقد تعذر وقوع الاجماع نظراً لتفرق العلماء فى البلدان المختلفة إلا أنه يمكن وقوع الاجماع الآن نظرا لسهولة المواصلات وتقدم وسائل الاعلام والنشر . فيمكن أن يعرف آراء العلماء فى المسألة الواحدة تبعاً لتلك الوسائل .

وأكبر دليل على ذلك (أى على وقوع الاجماع الآن)

ما نرى الآن من اجتماعات ومؤتمرات لعلماء المسلمين التى تعقد بين الحين والحين فى الأزهر تحت ما يسمى بمجمع البحوث الاسلامية ، فانه يلتقى العلماء والفقهاء للتشاور فى الحوادث التى تشغل بال المسلمين ويطلبون فيها حكم الله ليبدوا فيها رأيهم الجماعى ويظهرون فيها حكم الشريعة (١).

---

(١) انظر مدخل الفقه الاسلامى د. حسن صبحى ص ٢٧٥
انظر فى مدخل الفقه الاسلامى د. مصطفى شاى ص ١٩٩ ، ص ١١٠
انظر فى مدخل الفقه الاسلامى د. عيسوى ص ٢٧٨ ، ص ٢٨٨

المصدر الرابع

القياس

والقياس فى اللغة مصدر للفعل قاس وله معنيان :

أحدهما : بمعنى التقدير . يقال : قست الثوب أى قدرته .

والثانى : بمعنى المساواة يقال فلان يقاس بفلان أى يساويه وفلان لا يقاس بفلان أى لا يساويه .

وعند علماء الأصول : إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى الثابت للمنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم .

ومعنى هذا أن توجد حادثة لم يرد فى حكمها نص خاص فتلحق بحادثة أخرى مشابهة لها قد ورد فيها نص فيثبت حكم الحادثة المنصوص عليها للحادثة الأخرى إذا وجدت علة الحكم فيها .

أركان القياس :

وللقياس أركان أربعة

الركن الأول : الأصل : وهو الواقعة القديمة الواردة فيها حكم ثابت ويطلق عليه اسم المقيس عليه .

الركن الثانى : الفرع . وهو الواقعة الجديدة التى تحتاج إلى حكم شرعى ويستخدم القياس لوضع هذا الحكم لها ويطلق عليه اسم المقيس .

الركن الثالث : العلة : وهى الأمر الذى من أجله شرع الحكم فى الحادثة القديمة ووجدت فى الحادثة الجديدة .

الركن الرابع : الحكم . وهو ما ثبت للاصل ويراد إثباته للفرع بواسطة القياس .

حجية القياس

لا خلاف بين جمهور الفقهاء فى أن القياس أصل من أصول التشريع ودليل من الأدلة الشرعية التى يرجع إليها فى معرفة الأحكام الشرعية العملية .

وقد نفاه قوم وقالوا لا يصح ثبوت الأحكام الشرعية بطريق القياس

وسوف نقدم لك طرفاً من الأدلة التى احتج بها المثبتون للقياس وهم الجمهور والنافون له .

أدلة الجمهور :

احتج الجمهور على كون القياس مصدرا من المصادر المعتبرة فى التشريع يمكن الرجوع إليه فى معرفة الأحكام الشرعية — بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب . فقوله « فاعتبروا يا أولى الأبصار »(١)

ووجه الاستدلال أن الله تعالى بعد أن قص علينا ما حل بيهود بنى النضير من إجلائهم عن المدينة جزاء كفرهم ونقضهم للعهد الذى كان بينهم وبين الرسول ﷺ : أمرنا بالاعتبار والتأمل فى السبب الذى من أجله استحق هؤلاء العذاب والاخراج من ديارهم وأوطانهم لنكون على حذر من الوقوع فى مثل ما وقعوا فيه وإلا أصابنا ما أصابهم لأن ما جاز على أحد المثلين يجوز على الآخر فكما وجب التأمل هذا والاعتبار فى معنى النص للعمل به فيما لا نص فيه .

---

(١) سورة الحشر آية ٢

يجب أيضا التأمل فى سائر النصوص الشرعية لاستخراج المعانى التى تتعلق بها الأحكام الشرعية العملية ليعمل بها فيما لا نص فيه وهذا هو معنى القياس .

وأما السنة

فمنها قوله ﷺ حين بعث معاذاً إلى اليمن بم تقضى يا معاذ ؟

قال : أقضى بكتاب الله قال : فإن لم تجد فى كتاب الله ؟ قال : أقضى بما قضى به رسول الله ﷺ قال : فإن لم تجد ذلك ؟ قال: اجتهد برأيى فضرب رسول الله ﷺ صدر معاذ بيده وقال: الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله .

ووجه دلالته على المطلوب .

أن النبى ﷺ أقر معاذاً على الاجتهاد برأيه عند عدم وجود نص من الكتاب والسنة على حكم الحادثة وما القياس إلا نوع من الرأى والاجتهاد فيكون حجة فى بناء الأحكام الشرعية .

وقد استعمل القياس : الرسول ﷺ حينما قال للخثعمية عندما سألته هل تحج عن أبيها ؟ فقال لها ﷺ : « أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتيه أما كان يقبل منك ؟ فقالت : نعم » .

فقال ﷺ : فدين الله أحق بالقضاء ...

من هنا نعلم أن الرسول قد استعمل القياس حيث قاس دين الله وهو الحج على دين العباد فى وجوب القضاء وصحة الإجزاء عن الغير .

وأما الإجماع :

فقد ثبت بالتواتر عن جمع كثير من الصحابة أنهم عملوا بالقياس فى الوقائع

التي لم يرد فيها نص وتكرر ذلك منهم وشاع من غير نكير فيكون إجماعاً على حجية القياس ومن ذلك أن الصحابة لما اختلفوا في أمر الخلافة وتكلم كل واحد فيها برأي استقروا على رأي عمر رضي الله عنه بطريق المقايسة والرأي حيث قال : ألا ترضون لأمر دنياكم بما رضي به رسول الله ﷺ لأمر دينكم فهذا قياس للخلافة على الإمامة في الصلاة ، ولا شك أن أمر الخلافة من أهم ما يترتب عليه أحكام الشرع وقد عملوا فيها القياس .

هذا والمتتبع لفتاوى الصحابة وأقضيتهم يرى أنهم كثيراً ما استعملوا القياس في إثبات أحكام الوقائع التي لم ينص على حكمها مما يدل على إجماعهم على حجيته واعتباره أصلا من أصول التشريع .

وأما المعقول :

الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع السماوية فلا توجد شريعة بعدها إلى يوم القيامة وعلى هذا يجب أن تكون مصادره وافية لأحكام الحوادث ما وجد منها وما سيوجد إلى أن يأذن الله جلت قدرته بانتهاء العالم ولما كانت النصوص من الكتاب والسنة متناهية بانتهاء الوحي بوفاة الرسول ﷺ والحوادث غير متناهية ولا محدودة لتجدد الأعراف واختلاف البيئات كان من غير المعقول أن يفي المتناهي ببيان أحكام غير المتناهي ، ولذلك كان لا بد من البحث في المعاني والعلل التي من أجلها شرعت الأحكام حتى يمكن تطبيق هذه الأحكام على ما يماثلها مما لم يرد فيه نص وهذا هو القياس الذي يتوصل به إلى ظهور النصوص الشرعية للحوادث والوقائع التي لم يرد فيها نص ، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية وافية بجميع الأحكام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .

أدلة نفاة القياس

ساق النافون للقياس القائلون بعدم اعتباره مصدراً من مصادر التشريع أدلة على مدعاهم نذكر منها ما يلى :

اولا : قوله تعالى : (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء) ومقتضى كون الكتاب تبيانا لكل شيء أى أنه اشتمل على جميع الأحكام .

وعلى هذا فلا حاجة للقياس لأنه إنما يكون حجة فيما لم يوجد فى الكتاب ومثل فى هذه الآية فى الدلالة على مدعاهم قوله تعالى : (ما فرطنا فى الكتاب من شيء) وقوله تعالى (ولا رطب ولا يابس إلا فى كتاب مبين)(١)

ويجاب عن هذا

بتسليم أن الكتاب حوى كل شيء ولكنه لا يدل على بطلان القياس وعدم حجيته لأنه مما لا شك فيه أن الكتاب لم ينص على جميع الوقائع تفصيلا ولكن أرشد إلى القواعد العامة وبين العلل والمعانى التى يلزم من اعتبارها جلب النفع والخير العام للناس ودفع المفسدة عنهم.

وما القياس إلا رجوع إلى النص الشرعى وفهم معناه وتطبيق الحكم الدال عليه على جميع الوقائع المتماثلة .

ثانيا : ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لم يزل أمر بنى إسرائيل مستقيما حتى كثرت فيهم أولاد السبايا ، فقاسوا ما لم يكن قد كان فضلوا وضلوا .

كما روى عن جمع من الصحابة أنهم ذموا القياس فمن ذلك : ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء الدين أعيتهم السنة أى لم يحفظوها فقالوا برأيهم فضلوا وأضلوا .

---

(١) سورة الأنعام ٥٩

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : إن عملتم في دينكم بالقياس أحللتم كثيراً مما حرم الله وحرمتم كثيرا مما أحل الله .

إلى غير ذلك من الأحاديث وأقوال الصحابة وكلها تدل على ذم القياس وإنكاره وعدم صحة العمل به في معرفة الأحكام الشرعية وعلى هـذا فلا يكون حجة .

ويجاب عن هذا:

بأنه ثبت أيضاً عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم عملوا بالقياس وعلى هذا فيمكن الجمع بين الأدلة المتعارضة بأن القياس المحمود الذي يصح العمل به ودلت الدلائل على حجيته هو القياس الصحيح المستجمع للشرائط .

وأما القياس المذموم الذي دلت الدلائل على إنكاره فهو القياس المبني على الهوى والرأي المحض أو القياس في مقابلة النص ونحو هـذا من كل قياس لم يستكمل للشرائط اللازم توافرها في القياس الصحيح المعتبر شرعاً .

ثالثاً : إن القياس يؤدي إلى الخلاف والمنازعة بين المجتهدين وذلك حاصل بالاستقراء ولأنه تابع للأمارات والأمارات مختلفة ، فيكون ممنوعاً لقوله تعالى (ولا تنازعوا)

ويجاب عن هذا

بأن هذه الآية إنما وردت في الحروب التي يؤدي الاختلاف فيها إلى أضرار شديدة وذلك بقرينة قوله تعالى (فتفشلوا وتذهب ريحكم) فأما التنازع في الحكم فجائز لقوله ﷺ (اختلاف أمتي رحمة)

وبعد ، فهذه هي أدلة الفريقين ولا يخفى على المدقق فيها أن النافين للقياس

لم يصح دليل لهم بما ورد عليها من مناقشات من قبل الخصم وهم الجمهور وعلى هذا فيكون ما قاله الجمهور من ثبوت القياس — ودللوا على مدعاهم وهو الراجح الذى يجب العمل به والأخذ بمقتضاه .

أمثلة القياس :

١ — من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه وتقريراً لهذه القاعدة بقول الرسول ﷺ « القاتل لا يرث » ومعنى هذا لو قتل الوارث من سيرثه حرم من الميراث فكأنه استعجل وفاته بقتله لكى يرثه القاتل ولكن الشارع عاقبه بنقيض مقصوده وفوت عليه هذا الغرض وحرمه من الميراث وعلى هذا قال الفقهاء بحرمان الموصى له القاتل من الوصية فيما لو قتل الوصى.

فالأصل هو قتل الوارث المورث وحكم الأصل هو حرمان القاتل من الميراث.

والفروع هو قتل الموصى له الموصى والعلة للقتل المستوجب لاستعجال الحق إرثاً كان أو وصيه قبل أوانه . ثم عدى حكمه إلى الفرع وهو حرمان القاتل من الوصية .

٢ — حرم الله الخمر بالنص — فقال :(يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه)

وأوجب الحد من شاربها والخمر عند بعض الفقهاء اسم لما يتخذ من عصير العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد من غير طبخ بالنار والعلة فى التحريم هى الإسكار . فقاس الفقهاء عليها كل مسكر من غير ماء العنب لوجود العلة هى الإسكار .

شروط القياس : للقياس شروط نذكر منها إجمالا ما يأتى :

أولا : أن لا يكون حكم الأصل مخصوصاً به بسبب وجود نص دال

ذلك الاختصاص وذلك كاختصاص قبول شهادة الواحد بخزيمة وحده لقوله ﷺ (من شهد له خزيمة فهو حسبه) فلا يصح تعدية هذا الحكم لغيره ومن ذلك أيضا الأحكام المخصوصة للنبي ﷺ كحرمة الزواج من نسائه بعد وفاته .

ثانياً : أن لا يكون حكم الأصل معدولا به عن سنن القياس وذلك بأن لا يدركه العقل كأعداد الركعات وأنصبة الزكوات ومقادير الحدود والكفارات أو يكون مستثنى عن سنن القياس أى عن طريقه المسلوكة وقاعدته المستمرة ، كالحكم ببقاء صوم من أكل ناسياً فى نهار رمضان حيث استثنى من قاعدة عامة وهى تحقق الفطر من كل ما دخل فى الجوف وعلى هذا لا يصح قياس أكل الخطأ عليه .

ثالثاً : أن لا يعتبر القياس حكم النص وذلك كقياس السلم الحال على السلم المؤجل فإنه يخالف قوله ﷺ

« من أسلف فليسلف فى كيل معلوم وزمن معلوم إلى أجل معلوم »(١)

---

(١) راجع فيما سبق مذكرات فى علم أصول الفقه لأساتذة من كلية الشريعة طبع سنة ١٩٦٣

المصادر المختلف فيها

وهي كثيرة نذكر منها على سبيل المثال: المصالح المرسلة - الاستحسان، العرف. والاستصحاب. وسد الذرائع وقول الصحابي.

المصالح المرسلة

المصلحة في لغة العرب واحدة المصالح وهي المنفعة(١).

والمرسلة: من أرسل ومن معانيها في اللغة أطلق يقال أرسلت الطائر من يدي أي أطلقته، فتكون مرسلة بمعنى مطلقة.

والمراد: بالمصلحة المرسلة في الاصطلاح: هي كل مصلحة لم يقم دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها، ولكن يحصل من ربط الحكم وبنائه عليها جلب منفعة أو دفع مفسدة.

أقسام المصلحة:

قصد الشارع بشرعية الأحكام تحقيق المصالح للناس، ودفع المفاسد عنهم والمصالح هي المنافع، والمفاسد هي المضار. وأن الشارع عند شرحه للأحكام أباح ما غلبت منفعته، وحرم ما غلبت مفسدته، ولم يسر مع رغبات الناس وأهوائهم يدل لذلك قوله تعالى «وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ...»(٢).

وعلى هذا انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع:

---

(١) المعجم الوسيط جـ١ ص٥٢٠.

(٢) سورة المائدة آية رقم ٤٩.

الأول : ما قام الدليل الشرعى على اعتبارها ، وأمثلة هذا النوع كثيرة :
منها : حفظ النفس الذى شرع الله من أجله القصاص وتحريم الاعتداء عليها ، وحفظ المال الذى حرم أكله بالباطل وأوجب ضمانه عند التعدى ، وحفظ العقول الذى دل على رعايتها تحريم الخمر ، وسائر المسكرات .

الثانى : ما قام الدليل على إلغائها . ومثاله الاستسلام إلى العدو فقد يظهر لأول نظرة أن فيه مصلحة وهى حفظ النفس من القتل ، ولكن هذه المصلحة لم يعتبرها الشارع بل ألغاها لمصلحة أرجح منها وهى احتفاظ الأمة بالعزة والكرامة ، وفى الاستسلام مفاسد كثيرة ، فدفع العدو بالقتال دفع لهذه المفاسد ، وجلب للمصالح العظيمة .

الثالث : هو المصالح التى لم يتناولها الشارع بدليل معين ، يكشف عن اعتبارها أو إلغائها ، وهى ما تسمى بالمصالح المرسلة(١) .

ومن أمثلتها ضرب المتهم بالسرقة لحمله على الاعتراف وتوسيع المسجد ليشمل عدداً كبيراً من المصلين أو الشارع رغبة فى تيسير المرور .

وهذا النوع هو المقصود هنا فاذا وجدت حادثة لم تتناولها النصوص الشرعية فإن المجتهد ينظر ويوازن بين نفعها وضررها ويصدر الحكم بناء على ما يظهر له بالتحقيق من زيادة نفعها على ضررها أو العكس .

وتختلف الموازنة بين النفع والضرر من واقعة إلى أخرى ففى الوقائع التى يعود أثرها على الأمة الإسلامية كلها ينبغى أن يراعى الفقيه المنافع والمضار التى تعود على الأمة كلها ، وفى الوقائع التى يعود أثرها على إقليم معين ينبغى أن ترعى المنافع والمضار التى تعود على أهل هذا الإقليم فمثلا إذا فرض

---

(١) وسميت مرسلة لأنها مطلقة عن دليل أعتبارها أو إلغائها

حظر التجول على مستوى الجماعة كلها لفترات محددة كوسيلة مساعدة للقضاء على فتنة ستؤدى إلى تمزيق شمل الجماعة والاضرار بها فى حظر التجول تقييد للحريات وتعطيل للاعمال وهو ضرر بالجماعة كلها ولكنه سيترتب عليه القضاء على الفتنة وتوفير الأمن والسلامة للمواطنين فتوزن المنافع والمضار بالنسبة للجماعة كلها وتحكم المصلحة تبعاً لرجحان النفع أو الضرر ، وهذا يمثل الحالة الأولى ، ولو أردنا أن يمثل للحالة الثانية لقلنا إنه إذا شقت قناة لرى أرض قرية أو مجموعة من القرى فالقناة سيترتب عليها فائدة توفير المياه لهذه الأراضى كما أنها ستتكلف نفقات وتحدث أضراراً لعدد من الملاك حيث ستقتطع جزءاً من ممتلكاتهم فتوزن المنافع والأضرار بالنسبة لأهالى القرى المتأثرة من المشروع دون غيرها وتحكم المصلحة تبعا لرجحان النفع والضرر .

هذا وقد تتبع الفقهاء الأحكام الشرعية فوجدوا أنها موضوعة لمصالح الناس ويشهد على هذا القرآن الكريم « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » وأساس الرحمة جلب المنفعة ودفع المضرة .

ويقول الفقهاء إن مقاصد الشريعة فى الخلق ثلاثة أقسام :

١ — ضرورة لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذ فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج ، وقالوا إن مجموع الضروريات فى التشريعات كلها خمسة :

حفظ الدين — النفس — المال — النسل — العقل .

فمن أجل المحافظة على الدين وحمايته وتحصين النفس بالمعانى الدينية شرعت العبادات كلها ، والمحافظة على النفس تقتضى حمايتها من اعتداء عليها بالقتل أو قطع الأطراف أو الجروح الجسمية ، وقد حرمت الشريعة ارتكاب هذه الجرائم بغير حق حفاظا على النفس الإنسانية .

ومن أجل المحافظة على العقل عمل الشارع على المحافظه على العقل حتى لا تناله آفة من الآفات لئلا يكون صاحبه عبئاً على المجتمع ومصدر شر وأذى الناس ، لذلك عاقبت الشريعة الإسلامية من يشرب الخمور أو يتناول أى مخدر يصيب العقل .

ومن أجل المحافظة على النسل كانت عقوبة الزنى وعقوبة القذف وغير ذلك من العقوبات التعزيزية التى وضعت لحماية النسل .

والمحافظة على المال تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة والغصب أو الرشوة أو الربا وغير ذلك من الآفات التى تتعلق بالمال .

وإن هذه الأمور الخمسة هى التى نزلت الشرائع السماوية من أجل المحافظة عليها وقد قال الغزالى(١) : « إن جلب المنفعة ، ودفع المضرة مقاصد الحق ، وصلاح الخلق فى تفصيل مقاصدهم ، لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو :

« أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن من حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة ... » (٢)

٢ — حاجية : وهى التى يفتقر الناس إليها من حيث التوسعة ودفع الضرر

---

(١) هو — أبو حامد بن محمد الغزالى الشافعى ، ولد فى مدينة طوس من أعمال خرسان وتوفى بها سنة ٥٠٥ هـ تجول فى طلب العلم ، نبغ فى العلوم الشرعية والعقلية ثم آثر التصوف وغلب عليه ، له مؤلفات كثيرة منها : إحياء علوم الدين ، والوجيز ، والبسيط ، والمستصفى .
أنظر : طبقات الشافعية جـ٥ ص١٣٩ ، معجم المؤلفين جـ١١ ص ٢٦٦
(٢) المستصفى للغزالى جـ١ ص ٢٨٧

كتحريم بيع الخمر لكى لا يسهل على الناس تناولها ، وتحريم رؤية عورة المرأة وتحريم الصلاة فى الأرض المغصوبة وتحريم تلقى السلع عند مدخل الأمصار لكى لا يؤدى إلى غلاء الأسعار على الناس وتحريم الاحتكار وغير ذلك مما لا يتجه مباشرة إلى حماية أصل المصلحة بل قصد به سد الذرائع التى تؤدى إلى المضرة كذلك يباح ما يؤدى منعه إلى الضيق ومن ذلك إباحة كثير من العقود التى يحتاج إليها الناس كإباحة المزارعة والمساقاة والسلم والمرابحة والتولية (١)

٣ — تحسينية : وهى التى ترجع إلى قسم مكارم الأخلاق التى هى دعامة الحياة الصالحة ومنها الطهارة وستر العورة وتحريم خروج المرأة فى الطرقات بزينتها وكذلك تحريم الغش والغصب وتجنب النجاسة وأخذ الزينة عند الذهاب إلى المساجد .

ومن هذا كله تدرك أن الشريعة الإسلامية قد بنت أحكامها على المصالح وعلى هذا استضاء فقهاء الأمة بالمصلحة فى استنباطهم الأحكام من النصوص واجتهاداتهم المختلفة فكانت المصلحة هى المحور الذى تقوم عليه الأحكام الشرعية

ومن هنا وجدنا أصحاب رسول الله يقضون بالمصلحة فى أمر الخلافة بعد وفاة الرسول ﷺ فبايعوا أبا بكر رضى الله عنه لأن النبى ﷺ رضيه لإقامة الصلاة فلا اقل من ان يرتضوه لشئون دنياهم .

ومن ذلك جمع المصحف فى زمن أبى بكر لما كثر القتل فى القراء فى بعض

---

(١) المزارعة : دفع الأرض لمن يزرعها على أن تكون له حصة فيها.
المساقاة ، دفع الشجر لمن يصلحه على أن يكون له حصة فى الثمر
المرابحة : البيع بزيادة عما اشترى بنسبة مقدرة
التولية : البيع بمثل ما اشترى
السلم : بيع ما ليس بموجود فى يد البائع على أن يسلمه فى موعد معين

المواقع فى خلافة أبى بكر خاف عمر أن يذهب كثير من القراء فأشار على أبى بكر بجمع القرآن وبعد تردد طويل من أبى بكر رضى الله عنه أمر بجمع القرآن .

ومن ذلك أيضاً تدوين القرآن ، وجمع الناس على مصحف واحد لما ظهر الاختلاف فى القرآن فى عهد عثمان خشى عثمان من الاختلاف بين المسلمين فأمر بتوحيد القرآن وتدوينه وتوزيع نسخ منه على الأمصار وإحراق ما كان عند الناس من مصاحف خاصة .

وكان المسلمون بفعلهم هذا مقتدين فى ذلك — أى فى العمل بالمصلحة وإن اختلفت وجهات نظرهم فى تقديرها والتوسع فى الأخذ بها — بما جاء فى نصوص القرآن والسنة فإنهم قد وجدوا النصوص مشتملة على أحكام معللة بالمصالح فقد جاء تحريم الخمر فى القرآن معللا أنها رجس من عمل الشيطان وعلى هذا نهى عنهما فقال : « يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون »(١) .

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالإتجار فى أموال اليتيم معللا ذلك بأن أموال اليتيم لو تركت دون استغلال أكلتها الزكاة .

وعلى هذا النمط جاءت أحكام الشريعة معللة بالعلل مقترنة بالمصالح والحكم(٢) .

حجية المصالح المرسلة :

اختلف العلماء فى الاعتداد بالمصالح المرسلة — فى بناء الأحكام عليها — اختلافاً كبيراً إلا أننا سوف نوجز القول فى ذلك إيجازاً شديداً فنقول :

---

(١) المائدة اية ٩٠

(٢) المذاهب الاربعة للشيخ الفاضل محمد أبو زهرة ص٩٢

ذهب الجمهور إلى اعتبارها والاحتجاج بها والحق أن اعتبار المصلحة فى بناء الأحكام يشهد له الدليل وتؤيده الحجة ذلك أن المقصود من شرعية الأحكام إنما هو جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد والمضار عنهم وذلك إنما يتحقق بمراعاة المصلحة حيثما وجدت مادام الشرع لم ينص على إلغائها سواء نص على اعتبارها أم سكت عن ذلك إذ أن مصالح الناس لا تقف عند حد بل هى تتجدد بتجدد الزمان وتختلف باختلاف البيئات فلو وقفنا عند حد المصالح التى نص الشارع على اعتبارها ولم نتجاوزها لأدى ذلك إلى إهدار كثير من مصالح الناس وإلحاق الضرر بهم والعنت بهم ولأدى أيضاً إلى جمود الفقه وعدم مسايرته لتطورات الحياة المتتابعة وذلك يتنافى مع ما هو مقرر من أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق الخير للناس بجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم فإنها شريعة خالدة قابلة للتطور والاستجابة لمطالب الأمم المختلفة فى كل زمان ومكان .

شروط العمل بالمصلحة :

ولكن هنا ملاحظة هامة لابد من الإشارة إليها وهى أن من عمل بالمصلحة من الأئمة لم يعمل بها مطلقة من القيود بل قيدها بشروط ومنها :

١ — ان تكون المصلحة عامة على معنى الا تكون قاصرة على شخص معين .

٢ — أن تكون حقيقية تجلب منفعة وتدرأ مفسدة .

٣ — ان تكون معقولة بحيث لو عرضت على النفوس قبلتها .

٤ — ألا تتعارض مع قواعد الشريعة .

ونرى انه مع العمل بالمصلحة بهذه الشروط لا يوجد محل للطعن فى العمل بالمصالح بما قيل إن إباحة العمل بها يفتح الطريق أمام الحكام للتصرف

فى أحكام الشريعة على حسب أهوائهم وأنه يفضى إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة .

لأن تقييد العمل بالمصلحة بتلك الشروط يؤدى بالضرورة إلى أن الذى يعمل بها العلماء الذين لهم حق الاجتهاد وهم الذين يقدرون المصالح ويعللون العلل وبالتالى فلا مجال للعلماء غير المجتهدين ولا للعوام .

واختلاف الأحكام باختلافها ليس عيباً ، بل هو من محاسن الشريعة ، لأن كل مجتهد يفتى بالمصلحة التى تناسب البيئة التى يعيش فيها بعد تقدير ظروفها وملابساتها .

هل تتغير الأحكام تبعاً لتغير المصلحة ؟

المعروف فى الشريعة أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ولا بد أن تشتمل العلة على المصلحة التى تناسب شرع الحكم أمراً أو نهياً أو إباحة ، وهذا إنما يجرى فى الاحكام التى ترتبط بمصالح العباد وحاجاتهم .

أما الأحكام التعبدية وما يجرى مجراها فلا تقبل تغيراً لأنها جاءت محددة من قبل الشارع ووردت فى شأنها النصوص فلا مجال للنظر فيها بعد ذلك .

ومعنى هذا أن الأحكام التى تتغير هى التى لم يرد بها نص أو إجماع صحيح . ويقول ابن القيم (١) مؤيداً هذا المعنى « إن تغير الفتوى بحسب الأمكنة والأحوال والبيئات والعوائد معنى عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة . أوجب من الحرج والمشقة ... ما يفيد أن هذه الشريعة لا يعقل أن تأتى به » .

---

(١) هو — عبد الله — شمس الدين محمد بن أبى بكر بن أيوب الزرعى ، المشهور بابن قيم الجوزية ، ولد بدمشق سنة ٦٩١ هـ . وتتلمذ على شيخ الاسلام ابن تيمية ، سجن معه فى قلعة «دمشق » توفى سنة ٧٥١ هـ .

انظر البدر الطالع للشوكانى جـ ٢ ص ١٤٣/١٤٦ .

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سلام مدكور(١) : « وقد وجد فى السنة ما يدل على أن الحكم المجتهد فيه لا ينبغى أن يكون إلزاماً على الناس لا يقبل تغييراً . فقد روى أحمد وغيره أن علياً قال : يارسول الله : إذا بعثتنى فى شىء أكون كالسكة المحماة(٢) أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب ؟ فقال الرسول ﷺ : بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب .

وهذا يدل على أن مراعاة المصلحة أمر له خطره ويسمح بالتصرف حتى فى أثناء نزول الوحى مادام الشخص فى مكان تدعو ظروفه إلى التصرف .

وقد أسقط عمر بن الخطاب رضى الله عنه حد السرقة عن السارق عام المجاعة ، وهذه المسألة تحت قاعدة الضرورة التى أجمع المسلمون على اعتبارها ، وترتب الأحكام عليها ويقول ابن القيم : « إن سقوط القطع فى المجاعة محض قياس ، وجار مع مقتضى قواعد الشرع لما يغلب على الناس من الحاجة والضرورة . وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج ، ويمكن القول بأن عدم القطع هنا يرجع إلى نص هو قول رسول الله ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات(٣) » .

ويقول القرافى(٤) : تدعينا لهذا الحق من أن الذى يستبدل من الأحكام

---

(١) انظر المدخل للدكتور سلام مدكور ص ٢٦٤ .

(٢) الحديدة التى تمسك عليها النقود ، والمعنى أأكون كالآلة فلا أتصرف .

(٣) إعلام الموقعين ٣ / ١٤ ، ١٥ .

(٤) هو — شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافى انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب الإمام مالك . ولد ونشأ بمصر ، وتوفى بها سنة ٦٨٤ هـ . والقرافى نسبة إلى القرافة خلة بمجاورة لقبر الإمام الشافعى . له مؤلفات كثيرة منها « الذخيرة » وهو من أجل كتب المالكية ولكن للأسف مازال مخطوطاً ، والفروق .

انظر : الأعلام ١ / ٩٠ ، الديباج المذهب ص ٦٢ وما بعدها .

ما ليس فى مقابلة نص ولا إجماع : « إن جميع أبواب الفقه محمولة على العوائد إذا تغيرت العادة . تغيرت الأحكام فى تلك الأبواب(١) » .

وإنما كان هذا فى الشريعة — أى تغير الأحكام — لأجل التيسير على الناس ، وجعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ، وإن كان يلاحظ أن هناك تغيراً فى بعض الأحكام نظراً لتغير الظروف والعلل والمصالح ، إلا أن المبدأ الشرعى فى جميع الأحكام واحد وهو تحقيق المصالح للعباد ، ودفع الضرر عنهم « فى ضوء قواعد الإسلام ومبادئه العامة(٢) .

---

(١) الفروق للقرافى ١/٢٨٦ وما بعدها .

(٢) تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبى / ٣٦٧ .

الاستحسان

تعريفه :

الاستحسان فى اللغة عد الشيء حسناً . سواء كان الشيء حسياً أو معنوياً وأما فى اصطلاح الأصوليين فلقد عرف بتعريفات عدة أدقها ما قاله أبو الحسن الكرخى من الحنفية :

« إنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى . هذا العدول يعنى أن المجتهد إذا اجتهد فى مسألة وظهر له فيها الحكم له أن يعدل عن هذا الحكم فى مسألة مشابهة لهذه إذا ظهر له وجه أقوى يقتضى هذا العدول

ومعنى ذلك أن يوجد فى المسألة دليلان: أحدهما عام أو ظاهر والآخر خاص أو خفى فكان مقتضى الظاهر أن تأخذ بحكم نظائرها بما دل عليه الدليل الظاهر ولكن بعد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح فيعدل بها عن حكم نظائرها إلى حكم آخر .

أنواع الاستحسان

يقول علماء الحنفية إن الاستحسان أربعة أنواع :

استحسان السنة والإجماع والقياس الخفى والضرورة .

وسوف نذكر بعض الأمثلة للدلالة على التوضيح .

١ — يقرر العلماء أن الشخص إذا وقف أرضا زراعية على جهة بر فإن حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل فى الوقف ولو لم ينص وقفه على ذلك . مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما فى بيع الأرض حيث لا تدخل فى المبيع إلا بالنص عليها .

وجه الاستحسان أن الواقف لا يفيد ملك الموقوف عليه للمال الموقوف وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق كما فى عقد الإجارة فهنا قياسان . قياس ظاهر وهو إلحاق الوقف بالبيع من جهة أن كلا منهما يفيد إخراج المال من مالكه وقياس خفى : وهو إلحاقه بالإجارة من ناحية أن كلا منها مقصود به الانتفاع فرجحوا الثانى .

٢ — قال الفقهاء بتضمين الأجير المشترك كالحائك والصباغ إذا هلك الشىء فى يده بدون سبب ظاهر فإن تضمينهم ثبت استحساناً على خلاف القياس الذى يقتضى عدم التضمين لأن المال فى يده أمانة كالوديعة فى يد المودع والمال المشترك فى يد أحد الشركاء والمال المستأجر فى يد المستأجر الأمين غير ضامن إلا إذا تعدى .

٣ — جواز الاستصناع والسلم استثناء من قاعدة بيع المعدوم المنهى عنه ، والاستحسان فى الحقيقة طريق للخروج من مأزق إطراد القواعد الموقع فى الحرج ، فهو يرجع إلى قاعدة رفع الحرج فى الشريعة الإسلامية ولهذا روى عن الإمام مالك أنه قال « الاستحسان تسعة أعشار العلم (١) » .

حجية الاستحسان :

المشهور فى كتب الأصول وغيرها أن الذين يأخذون بالاستحسان هم الحنفية وأن غيرهم من الفقهاء لم يأخذوا به وهذا مخالف للواقع حيث إن أكثر الفقهاء قد اعتبر الاستحسان حجة فى بناء الأحكام غاية ما هناك أن الحنفية توسعوا فيه أكثر من غيرهم كما توسع المالكية فى المصالح المرسلة حتى اشتهروا بها .

ومما نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه أنكر الاستحسان بقوله من استحسن

(١) الموافقات ٢ / ٢٠٧ .

فقد شرع فإن المراد بعبارة الشافعي هذه أن من أثبت حكما بسبب استحسانه عنده من غير دليل من الشارع فهو المشرع لهذا الحكم .

ولذا قال الشافعي في رسالته :

يحرم القول بالاستحسان إن خالف الاستحسان الخبر من الكتاب والسنة فالشافعي رضي الله عنه يقول بالاستحسان المتضمن قواعد الشريعة الغير قائم على الهوى والشهوة ، ومن تتبع فقهه يجده كثيراً ما استخدم الاستحسان في الفروع المختلفة .

والاستحسان يفي بحاجة الناس من الأحكام واستناد العدول إلى وجه آخر أقوى من الوجه الأول يجعل القول بهذا الحكم مما لا ينكره أحد .

---

(١) انظر مذكرة في الأصول لأساتذة كلية الشريعة طبع سنة ١٩٦٣ .

العــــــرف

تعريفه :

العرف فى اللغة هو كل ماتعارفه الناس من الخير واطمأنوا إليه .

وهو عند الأصوليين والفقهاء . ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبـول .

وبعبارة أخرى :

هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره من نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول .

فالعرف هو ما اعتاده وألفه أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى ، حتى تمكن من نفوسهم واطمأنت إليه طباعهم .

أما ما اعتاده فريق من الناس من العبث أو الفساد والإضرار فليس من العرف فى شىء كاعتياد شرب الخمر ولعب الميسر والتعامل بالربا وكاعتياد كشف العورة كما هو الحال فى مدن العراة التى استخدمت الآن فى بعض البلدان الأوربية فلا يعبأ بهذا العرف لأن عقول الناس ليست رشيدة وطبائعهم غير سليمة .

الفرق بين العرف والعادة :

العادة أعم من العرف فهو نوع منها لأن العادة هى الأمر المتكرر مأخوذة من العود أو المعاود بمعنى التكرار فإذا فعل إنسان فعلا من الأفعال وتكرر منه حتى أصبح سهلا عليه سمى ذلك عادة له ولذلك قيل العادة طبيعة ثانية

وكما يكون تعود الشيء من فرد يكون من الجماعة وتسمى الأولى عادة فردية تسمى الثانية عادة جماعية والعرف لا يصدق إلا على النوع الثاني فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفا بل لابد من تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب لا فرق بين علمائهم وعامتهم .

وبهذا يفارق العرف الإجماع فانه كما سبق اتفاق المجتهدين ولا دخل لغيرهم فيه .

أنواع العرف

يتنوع العرف إلى أنواع مختلفة باعتبارات متعددة . فهو ينقسم إلى قولي وعملي كما ينقسم إلى عام وخاص وكذلك إلى صحيح وفاسد .

١ — فهو يتنوع أولا إلى قولي وعملي :

فالعرف القولي : هو ما تعارفه الناس من إطلاق لفظ على معنى خاص ، لا يتبادر عند سماعه غيره كتعارف الناس على اطلاق لفظ الوالد على الابن دون البنت مع أنه في اللغة يشمل النوعين وقد أيد هذا القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين »(١)

وكذلك تعارف الناس على عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن القرآن الكريم سماه لحما طريا — واللغة لا تمنع ذلك — حيث يقول الله تعالى : « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طريا »(٢)

والعرف العملي : هو ما اعتاده الناس وألفوه من عمل . وذلك كتعارف

---

(١) سورة النساء ١١

(٢) سورة النحل ١٤

الناس على شراء الجرائد مثلا دون صيغة لفظية فان المشترى يعطى النقود لبائع الجرائد ويأخذ منه الجريدة دون إجراء أية صيغة من صيغ العقود وهذا ما يسميه الفقهاء البيع بالتعاطى — وهو البيع فى بعض الأشياء من غير صيغة لفظية .

وكذلك تعارف الناس على تقديم جزء من المهر وتأجيل باقيه — حسب المتفق عليه — إلى أقرب الأجلين الموت أو الطلاق.

٢ — ويتنوع ثانياً : باعتبار آخر إلى عرف عام وخاص :

فالعام : هو ما تعارف عليه جميع أهل البلاد فى زمن من الأزمنة كتعارف الناس على أن العلو يدخل فى بيع الدار والبيت .

والخاص : وهو ما يتعارف عليه أهل بلد معين أو طائفة خاصة من الناس كتعارف التجار على إثبات الديون التى تكون على عملائهم فى سجلات خاصة من غير إشهاد عليها وتكون حجة فيما بينهم وكتعارف أهل القاهرة على أن الذى يدفع ثمن المياه هو المالك لا الساكن .

٣ — ويتنوع ثالثاً : إلى عرف صحيح وفاسد

فالعرف الصحيح : هو الذى لا يخالف قواعد الشريعة ولا مبادئها العامة ولا يصطدم مع النصوص . وهذا النوع من العرف هو الذى اعتمده الفقهاء عندهم وكان على أساسه استنباط الفروع والأحكام .

أما الفاسد : وهو الذى يصطدم مع نصوص الشريعة أو يخالف قواعدها العامة وهذا النوع لا يعتد به بل يجب إلغاؤه كتعارف الناس الآن على التحلى بلبس الدبلة من الذهب للرجال للدلالة على الخطوبة أو الزوج وكذلك خروج النساء شبه عاريات أو التعامل بالربا .

حجية العرف

لا خلاف بين العلماء فى أن العرف : إذا كان متفقاً مع نصوص الشريعة غير متعارض مع قواعدها [illegible] والاعتداد به فى بناء الأحكام واستنباط الفروع .

مثل ما تعارفه الآن أهل العقول السليمة والطباع المستقيمة من بعض العادات التجارية والأوضاع الاجتماعية والنظم القضائية وغيرها مما يحقق مصلحة الناس ويدفع الضرر عنهم .

وقد جرى الإسلام فى تشريعاته منذ البداية على اعتبار العرف الصحيح وإهدار العرف الفاسد فلقد أقر ما كان متعارفا عليه عند العرب قبل الإسلام من تصرفات تكون فيها مصلحتهم كالرهن والسلم والقسامة وأهدر ما تعارفوه مما هو فاسد وضار كالربا والميسر وحرمان النساء من الميراث .

ومن هنا فقد بنى الفقهاء الأحكام على العرف وحكموا بمقتضاه وجعلوه أصلا تبنى عليه الفتاوى والأحكام وقد جرت على ألسنتهم عبارات فى هذا المضمار جعلت قواعد ومبادىء منها « العادة محكمة » و « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » « والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

ومن العلماء من استدل عليه بقوله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »(١)

تغيير العرف

يقول القرافى رحمه الله : « إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود فى المعاملات والعيوب فى البياعات

---

(١) إعلام الموقعين جـ ١ ص ٧٤

ونحو ذلك فلو تغيرت العادة فى النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن فى البيع على السكة التى تجددت العادة بها دون ما قبلها .

وكذلك إذا كان الشىء عيباً فى الثياب فى عادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به .

وبهذا القانون نعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء »(١)

ومن هذا نقول إن العرف يتغير بتغير الزمان والمكان والبيئات ويختلف باختلاف الثقافات والحضارات وعلى هذا فإنه إذا تغيرت الأعراف نتيجة لهذه العوامل فتغيرت معها الأحكام حتى تلائم الأعراف الجديدة .

ويؤيد ما قلناه ما أفتى به الامام أبو حنيفة بعدم جواز بيع دود القز والنحل عملا بعرف الناس فى عهده والذى يقضى بعدم ماليتهما .

فلما تقدم الزمن وجاء تلميذه محمد بن الحسن أفتى بجواز بيعهما تبعاً لتغير العرف حيث تعارف الناس على تمولها .

وهكذا فعل الإمام الشافعى رضى الله عنه حين عودته من العراق إلى مصر فوجد أن الأعراف متغيرة عنها فى العراق الأمر الذى دعاه إلى أن يتراجع عن كثير من الأحكام كان قد أفتى بها فى العراق وقد اضطر إلى الإفتاء بأحكام مغايرة لها نتيجة للعرف الجديد فى مصر .

---

(١) عن كتاب العرف والعادة للاستاذ أبى سنة ص ٨٧

شروط العرف

ولا يكون العرف معتـــبراً يجب العمل بمقتضاه إلا إذا تحققت له الشروط الآتية :

١ — أن يكون العرف غالبا : أى يجب أن يكون العرف مطردا بين متعارفيه فى جميع معاملاتهم أو غالبا فيها فلو كانوا يتعاملون فى بعض الحوادث ويتركونه فى البعض الآخر لا يصلح مستنداً ودليلا لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلا فتركهم له أحيانا أخرى ينقض هذه الدلالة(١) .

٢ — أن يكون ذلك العرف موجودا عند إنشاء التصرف : فلو أنشأ شخصان تصرفا من التصرفات ثم ثار نزاع بينهما فان العـــرف الذى يحكم فى هذا النزاع ويجعل فيصلا فيه ما كان موجودا عنـد التصرف لا ماحدث بعد ذلك .

فلو عقـــد زوجان عقد زواج ولم يصرحا بتعجيل المهر أو تأجيله فانه يرجع فى ذلك إلى عرف بلدهم فان كان العرف يقضى بتعجيل البعض وتأخير البعض الآخر ثم تغير العرف فى تعجيل الكل ثم حدث نزاع بين الزوجين فان العرف الحادث لا يحكم فى هذا النزاع بل يحكم العرف السابق الموجود وقت العقد .

٣ — ألا يعارض العرف باتفاق بين المتعاقدين : فلو كان العرف مثلا يقتضى بتعجيل نصف المهر وتأجيل النصف الآخر لكن حدث أن اتفق فى عقد الزواج على تعجيل كل المهر فانه يقضى فى هذه الحالة بهذا الاتفاق ولا اعتبار للعرف حينئذ .

٤ — ألا يخالف العرف نصوص الشريعة وقواعدها العامة :

فلو تعارف الناس على أمر يخالف نصا شرعيا أو يعطل قاعدة أو أصلا

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٣ ص ٢ .

شرعيا فلا عبرة بهذا العرف ولاقيمة له وذلك كتعارف الناس على تعاملهم بالربا أو الاقتراض من البنوك بفائدة فان هذا يتعارض مع النص الشرعى القائل «كل قرض جر نفعا فهو ربا» أو ماجرت عادة الرجال فى وقتنا الحاضر بلبس دبلة الزواج للأمارة على الزواج فانه عرف فاسد أيضا لأنه يصطدم مع الأثر الذى يقضى بتحريم لبس الذهب على الرجال وهو قوله عليه الصلاة والسلام .

« هذان — مشيراً إلى الذهب والحرير — حرامان على رجال أمتى حلالان على نسائهم » .

وعلى هذا تجرى جميع الأعراف الفاسدة فلا اعتبار لها ولو فتحنا هذا الباب لأدى ذلك إلى نقض تكاليف الشريعة كلها والشريعة إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأعراف النـــاس وأهوائهم ورغباتهم :

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن »(١) وليس هذا بدعا فى الشريعة .

بل ذلك معروف فى القوانين الوضعية فانها تمنع التعاقد أو التعامل بما يتعارض مع نصوص القانون كذلك لاتعتبر العرف الذى يخالف النظام أو الآداب العامة .

فاذا كان القانون يحجز على الناس للتعارف فيما يخالف النصوص أو يخالف النظام العام .

فأى غرابة فى أن الشريعة لاتعتبر من الأعراف ما كان مبطلا للنصوص أو هادما للقواعد القطعية العامة(٢) .

وبعد فتلك مصادر الفقه الإسلامى وفيها نصوص واجبة الاتباع وقواعد

---

(١) سورة المؤمنون رقم ٧١ .

(٢) أستاذنا الفاضل محمد مصطفى شلبى ص ١٢١ فى كتابه الفقه الإسلامى

صالحة للتطبيق فاذا لم يوجد نص تشريعى فاجتهاد بطريق القياس والإلحاق فما أشبه المنصوص عليه أثبت له حكمه مالم يكن فى هذا الإلحاق حرج ولا مشقة فان وجد شيء من ذلك عدل عنه إلى طريق الاستحسان أو الاستصلاح أو العرف القائم فى المسألة .

إن فقها يستمد حياته من هذه الينابيع المتدفقة لن يقف فى يوم من الأيام عن مسايرة الزمن ولن يتخلف عن ركب الحضارة مادام القائمون عليه يسيرون به فى طريقه المستقيم طريق الاجتهاد المشروع الذى خطا به الفقه فى أيامه الأولى خطوات سريعة حتى سبق الزمن الذى عاش فيه .

قول الصحابى

اشتهر بعض الصحابة بالعلم والاجتهاد وصدر عن هؤلاء الفقهاء والمجتهدين - بعد وفاته ﷺ - فتاوى فى حوادث ووقائع استجدت ولم يكن نص عليها ولم يفت فيها صلى الله عليه وسلم ونقل عنهم أحكام فى مسائل فرعية .

فهل تعتبر تلك الفتاوى والاجتهادات والأحكام التى نقلت عنهم ودونت من مصادر التشريع الإسلامى .

فهل يرجع إليها المجتهد قبل أن يلجأ إلى القياس إذا ما أعوزه النص والإجماع لمعرفة الحكم الشرعى فى المسألة الطارئة أولا .

وبعبارة أخرى هل تعتبر فتوى الصحابى حجة بناء على السماع من النبى ﷺ فيكون قوله فى فتواه فى حكم السنة أى تعتبر فتواه فى المسألة كروايته عن الرسول ﷺ حيث لا طريق لفتواه ورأيه إلا السماع مادام لا مجال للعقل والاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعى .

بعد هذا التمهيد نقول :

اتفق العلماء على أن قول الصحابى ليس حجة على صحابى آخر مجتهد . واختلفوا فى كونه حجة على التابعين ومن عداهم من المجتهدين :

فقيل : ليس بحجة مطلقاً (٢) ، لإجماع الصحابة على جواز مخالفة كل

---

(١) كعبدالله بن عمر ، عبدالله عباس ، عبدالله بن مسعود ، زيد بن ثابت معاذ بن جبل وغيرهم .

(٢) وهو رأى للرازى الآمدى وأحمد بن حنبل .

واحد منهم فقد سكت الصحابة على مخالفة التابعين لبعض الصحابة مخالفة ناشئة عن اجتهاد وذلك اتفاق من الصحابة على جواز مخالفتهم .

وقيل حجة(١) لأنه صلى الله عليه وسلم قال : (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم) فإن هذا الحديث يدل على أن الاقتداء بهم هدى ومعلوم أن طلب الهدى واجب .

ونرى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول هو الراجح .

لأن الفقيه الصحابي يخطىء ويصيب في اجتهاده كغيره من المجتهدين لعدم عصمته من الخطأ وامتيازه بالصحبة والورع والفضل لا يوجب على المجتهد أن يأخذ برأيه وأن يقلده في مذهبه وقد اتفق العلماء على أنه يجوز للصحابي الفقيه أن يخالف رأي الصحابي الآخر مثله بل خالف الصحابة بعضهم بعضاً في مسائل اجتهادية كما رجع بعضهم عن فتواه إلى فتوى غيره فكما جاز لصحابي مجتهد أن يخالف رأي صحابي آخر مجتهد فإنه يجوز لغير الصحابي من المجتهدين أن يخالفه(٢)

---

(١) مالك وأكثر الحنفية .

(٢) أنظر كتاب إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٤ ، المستصفى للغزالي جـ١ ص ٢٦٠ وما بعدها ، سلم الوصول لعلم الأصول ص٢٢٩

سد الذرائع

معنى سد الذرائع : والمراد بسد الذرائع إغلاق الطريق المباح الذى يؤدى، إلى فعل محرم .

تعريفها لغة وإصطلاحاً :

وهى فى اللغة : الذرائع جمع ذريعة وهى الوسيلة .

أما فى الاصطلاح : هى الأمور المباحة فى ذاتها والتى قد تكون وسيلة إلى الممنوعات بسبب أمور لابستها .

والدليل عليها : قوله سبحانه وتعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم »(١) .

فالله سبحانه وتعالى ينهى المسلمين عن سب المشركين حتى لا يسب المشركون الله سبحانه وتعالى عدوا وبغير علم .

ومن الفروع الفقهية التى انبنت على هذا الأصل :

١ ــ الأصل أن التعامل بيعاً وشراء فى التمر والعنب مباح ومأذون فيه شرعاً .

لكن إذا علم البائع أن المشترى سيقوم بتحويلهما إلى مشروبات محرمة

---

(١) سورة الأنعام آية ١٠٨

فحينئذ يكون الابتياع حراماً لأنه أصبح وسيله إلى محرم والذى يؤدى إلى محرم يكون محرماًمثله .

٢ — الأصل فى الإجارة الإباحة ولكن لو علم المؤجر أن المستأجر سيصير المسكن إلى مأوى للصوص أو ارتكاب المحرمات حرم ذلك العقد ومنع المؤجر شرعاً من تحرير هذا العقد مع أن الأصل فى الاجارة الاباحة لكنها لما كانت وسيلة إلى محرم صارت هى حراماً ، الخ .

الاستصحاب

الاستصحاب معناه :

إبقاء الحال على ماكان عليه حتى يقوم الدليل الذى يغيره .

فإذا ثبت حكم معين فى الزمن الماضى فان هذا الحكم يظل ثابتا حتى يقدم الدليل على نفيه وإذا انتفى هذا الحكم بقى منفيا حتى يقوم الدليل على ثبوته وقد تفرع على ذلك قواعد استنبطها الفقهاء .

الأصل فى الأشياء الإباحة :

لقد دل على هذه القاعدة أدلة كثيرة منها قول الله تعالى هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا .

ومعنى ذلك جواز الانتفاع بكل ما خلقه الله بالنسبة لهذه وما عليها من تسخيره لمصلحة الإنسان إلا ما ورد النص على المنع منه أخذا من قوله تعالى « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به » .

وهذا يدل على أن الأصل فى الأشياء الحل والإباحه وأن الشارع إذا قصد

تحريم شيء نص على تحريمه وما لم يحرمه فإنه يدخل في عموم الحلال وهذا يشمل العقود والتصرفات .

ومن هنا نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن كثرة السؤال مالم يرد نص على تحريمه . لأن ذلك يدل على غفلة السائل عن هذا الأصل فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال . إن أعظم المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته(١) .

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور نصر فريد واصل ص١٧٧ .

المبحث الرابع

الاجتهاد والإفتاء والتقليد والقضاء والتحكيم

فى الفقه الإسلامى

الاجتهاد

أهمية هذا البحث : كان لابد لنا من الكلام على الاجتهاد ومؤهلاته لأن تكوين المذاهب الفقهية كان به ولكيلا يدعيه فى عصرنا من لا يحسنه ولأن الاجتهاد هو الذى تفرعت به الفروع فى المذاهب واتسع به الاستنباط

والاجتهاد معناه بذل غاية الجهد للوصول إلى أمر من الأمور أو لبلوغ الكمال فى فعل من الأفعال .

وهو فى اصطلاح علماء الأصول .

بذل الفقيه وسعه فى استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية .

أنواع الاجتهاد :

ويتنوع الاجتهاد إلى نوعين : إجتهاد كامل ، وهو الخاص بطائفة العلماء الذين اتجهوا إلى تعرف الأحكام من مصادرها الشرعية .

واجتهاد غير كامل : وهو خاص بالطائفة الذين لهم نوع إجتهاد أى لهم قدرة على الاجتهاد فى بعض الجزئيات فقط ولا يكون المجتهد مجتهداً كاملا إلا إذا توافرت له مؤهلاته وشروطه وهى :

الاجتهاد الكامل : سوف نتكلم هنا فى شروط المجتهد الذى يطلق عليه وصف المجتهد اجتهادا كاملا وأنه يشترط فى هذا المجتهد شروط كثيرة .

أولها : العلم باللغة العربية : فلابد أن يكون المجتهد عالما باللغة العربية لأن القرآن نزل بها ولأن السنة التى هى بيانه جاءت بهذا اللسان العربى .

وقد حدد الإمام الغزالى حجة الإسلام — القدر الذى تجب معرفته من العربية فقال : « إنه القدر الذى يفهم به خطاب العرب وعاداتهم فى الاستعمال حتى يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ، وغير ذلك وهذا لا يحصل إلا لمن بلغ فى اللغة درجة الاجتهاد .

ومن هذا يفهم أن الغزالى يشترط العلم فالدقيق والتبحر فى اللغة حتى يصل المجتهد فى علمه إلى درجة الاجتهاد فيه لان مصدر الشريعة الاول هو القرآن الكريم وهو أدق كلام فى اللغة العربية وأبلغه ولابد لمن يستخرج الاحكام منه أن يكون عليما باللغة العربيه .

ثانيها : العلم بالقرآن هو عمود هذه الشريعة ومصدرها الاول .

« قال العلماء إنه يجب على المجتهد أن يكون عالماً بدقائق آيات الاحكام فى القرآن وهى نحو خمسمائة آية وعلمه بها يوجب أن يكون محصلا لمعانيها عارفا للخاص والعام فيها وبيان السنة لها وأن يكون عالما بما نسخت أحكامه منها — على فرض أن فيه ناسخا ومنسوخاً ، مطلعاً على أسباب النزول .

ولكن هل يشترط فى المجتهد أن يكون حافظا للقرآن الكريم كله ؟

قال بعض العلماء لا يشترط حفظه بل يكفى أن يكون عارفا بمواقع آيات الاحكام حتى يرجع إليها فى وقت الحاجة(١) .

---

(١) وقد وجدت مؤلفات اهتمت بدراسة آيات الأحكام — كتاب أحكام القرآن لأبى عبدالله القرطبى وكتاب أياب الأحكام لأبى بكر الرازى الشهير بالجصاص وغيرهما .

وروى عن الامام الشافعى أنه اشترط حفظ القران كله .

ثالثها : العلم بالسنة : فيجب على المجتهد أن يكون على علم بالسنة القولية والفعلية والتقريرية فى كل الموضوعات التى يتصدى لدراستها .

ويجب كذلك أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ منها وأن يعرف طرق الرواية وقوة الرواة .

ولا يشترط أن يكون حافظاً للسنة المتعلقة بالاحكام بل الشرط أن يعرفها ويعرف مواضعها وطرق الوصول إليها(١) .

رابعها : معرفة مواضع الاجماع ومواضع الخلاف ولاشك أن مواضع الاجماع معروفة وهى تجرى فى أصول الفرائض كالصلاة وعدد ركعاتها وأوقاتها والزكاة وأصل فرضيتها . ومقاديرها والحج ومناسكه والصوم ووقته وأصول المواريث والمحرمات من النساء .

وغير ذلك من الأحكام التى تتواتر الاخبار عليها .

كذلك يجب أن يكون عالماً باختلاف الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم من الأئمة المجتهدين وأن تكون له قدرة الموازنة بين الصحيح وغيره .

ولا يشترط أن يكون محيطا بجميع مواضع الاجماع وكذلك الخلاف بل المهم أن يعرف ذلك فى كل مسألة يتصدى لبحثها(٢) .

---

(١) وقد بذلت جهود ضخمة فى هذا الميدان حيث هب العلماء لجمع السنة فكانت كتب الصحاح الستة وبالتالى يسهل للمجتهد الرجوع إلى السنة .

(٢) وقد توافرت مؤلفات تشبع النهم فى هذا الميدان فجمعت مواضع الاختلاف من الصحابة والفقها. أمثال المغنى لابن قدامة والمحلى لابن حزم وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد وفتاوى ابن تيمية وكتب أحاديث الاحكام للشوكانى والصنعانى وكتب آيات الأحكام السالفة الذكر وبذلك يسهل الرجوع إلى مواطن الخلاف .

خامسها : معرفة القياس : يجب أن يكون المجتهد على علم تام بالقياس.

ويقول الاسنوى فى معرفة القياس بالنسبه للمجتهد : لابد أن يعرفه ويعرف شرائطه المعتبرة لأنه قاعدة الاجتهاد والموصل إلى تفاصيل الأحكام التى لا حصر لها (١) .

وأن العلم بالقياس يقتضى معرفة ثلاثة أمور .

أولها : العلم بالأصول من النصوص التى يمكن أن تبنى عليها أحكام غيرها والعلل التى لها التأثير فى أحكام هذه النصوص التى يمكن تطبيقها على الفروع غير المنصوص عليها .

ثانيها : العلم بقوانين القياس وشرائطه — كما قدمنا سابقاً — كألا يقاس على ما يثبت أنه خاص بحال معينة لا يقاس عليها وكمعرفة أوصاف العلة التى يبنى عليها القياس ويلتحق بالبناء عليها الفرع بالأصل .

وثالثها : أن يعرف المناهج التى سلكها الفقهاء من العلماء والسلف الصالح فى تعرف علل الأحكام والأوصاف التى اعتبروها أسساً لبناء الأحكام عليها واستخرجوا بها طائفة من الأحكام الفقهية .

سادسها : معرفة مقاصد الأحكام . يجب على المجتهد أن يعرف مقاصد الشريعة الإسلاميه وأن يعرف المصالح التى يعتبرها الشارع الاسلامى وكذلك يجب عليه أن يعرف ما يكون فى الفعل من مصلحة ومضرة ويوازن بينهما فيقدم دفع المضار على جلب المصالح وما ينفع الناس على ما ينفع الآحاد .

سابعها ، صحة الفهم وحسن التقدير وإن ذلك هو الاداة التى يكون بها استخدام كل الامور السابقة وتوجيهها وتمييز الآرا من جيدها وغثها من سمينها .

---

(١) المنهاج على الاسنوى ج٢ ص ٢١٠ .

ثامنها : صحة النية وسلامة الاعتقاد : فإن النية المخلصة تجعل القلب يستدير بنور الله تعالى فينفذ الى لب هذا الدين ويتجه إلى الحق لا يبغى سواه والشريعة نور لا يدركه إلا من أشرق قلبه بالإخلاص ، ولذلك نجـــد الأئمة الأعلام اشتهروا بالورع قبل أن يشتهروا بالفقه .

والإجتهاد كما قال الشاطبى سمو فى التفكير وعلو فى النفس والعلم ليكون فى مكان النبى صلى الله عليه وسلم فيبين للناس شرع الله كما ذكره القرآن وكما بينه النبى صلى الله عليه وسلم فهل يصل إلى هذه المرتبة السامية من لم يسلم وجهه لله ويخلص فى طلب الحق فى هذا الدين(١) .

مراتب الاجتهاد

تعود المشتغلون بالفقه الإسلامى على تقسيم اجتهـاد الفقهاء إلى طبقات وهذه الطبقات تختلف تبعاً للمذاهب ونحن نقتصر على التقسيم الذى قسمه(٢) علماء الحنفية وهم يقسمونه إلى سبع طبقات :

١ — طبقة المجتهدين اجتهاداً مطلقاً وهم الفقهاء ومن سلك مسلكهم فى استنباط الأحكام من مصادرها الأصلية .

٢ — طبقة المجتهدين فى المذهب كبعض أصحاب أبى حنيفة الذين خرجوا الأحكام على أقوال إمامهم وبناء على الأصول والقواعد التى وضعها إمامهم وكانوا فى بعض الأحيان يخالفونه فى أحكام بعض الجزئيات . إلا أنهم مع هذا كانوا يلتزمون بقواعد مذهبه ولا يخرجون عنها .

٣ — طبقة المجتهدين فى المسائل التى لم يرد فيها حكم عن صاحب المذهب

(١) الأسنوى منهاج الأصول جـ١ ص٣٠٨ وما بعدها المذاهب الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة من ١٠٠ الى ١١٠ .

(٢) المختار جـ١ ص ٥٨ .

وهؤلاء لا يختلفون فى الأصول والفرع ولكنهم يستنبطون الأحكام التى لانص فيها على ضوء منهجه وأصوله فى الإستنباط .

٤ — طبقة أصحاب التخريج من المقلدين وهؤلاء يقلون عن مرتبة الاجتهاد ولكن لمعرفتهم أصول وقواعد المذهب يستطيعون تفصيل الأقوال المجملة .

٥ — طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين وعمل هؤلاء منحصر فى ترجيح بعض الروايات على الآخر :

٦ — طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى والضعيف وظاهرة الرواية وهؤلاء هم أصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين وهؤلاء ينقلون الأقوال الصحيحة فى المذهب دون غيرها .

٧ — طبقة المقلدين الذين لايقدرون على شىء مما سبق وهؤلاء عملهم ينحصر فى نقل الأقوال فقط من غير تمييز بين الأقوال وهم أصحاب المصنفات

النوع الثانى من الاجتهاد

وهو الاجتهاد غير الكامل وقد قلنا سابقا إنه اجتهاد المجتهد فى بعض الأحكام دون البعض الآخر وبعبارة أخرى هل يجوز تجزئة الاجتهاد فيجوز للمجتهد الاجتهاد فى البيوع دون الأنكحة مثلا ، خلاف بين العلماء .

فقال الجمهور لايجوز أن يتجزأ الاجتهاد فلا يجوز للمجتهد أن يجتهد فى العبادات ويقلد فى المعاملات مثلا لأن ذلك جمع بين الضدين إذ الاجتهاد والتقليد متضادان ولا يجتمعان فى شخص واحد ولأن الشريعة متصلة الأجزاء فلا يجتهد فى جزء منها إلا من يحيط علما بها كلها إذ هى متآخية متصلة.

وقال الظاهرية وبعض المالكية وقول للحنابلة إن الاجتهاد يتجزأ فمن علم

دليل موضوع من الموضوعات وكان على علم تام بأساليب العربية وفهم النصوص يصح له أن يجتهد فى هذا الجزء ولا ينافى أصلا من الأصول المقررة .

لأن المجتهد إذا علم بوسائل الاجتهاد وتوافرت له أدلة بعض المسائل وغابت عنه أدلة مسائل أخرى فإنه يجوز له أن يفتى بما علم دليله ومالم يعلم دليله يتوقف فيه حتى يعلم وكان كثير من الفقهاء يجيبون بقولهم : لا أدرى إذا لم يعلموا الدليل .

وهذا مالك رضى الله عنه قد أجاب فى ست وثلاثين مسألة بقوله لاأدرى وما قال ذلك إلا لفقده العلم بالدليل ومع هذا لم يزل وصف الإمامة عنه، بل إنه هو إمام حقاً وصدقاً(١) .

---

(١) انظر المراجع الآتية فى الاجتهاد الأسنوى لمنهاج الأصول ج٣ ص ٣١٧ وما بعدها الموافقات للشاطبى ج٤ ص ٢١٣ ومابعدها الرسالة للشافعى ص ٥١٠ المذاهب الفقهية للفاضل الشيخ محمد أبو زهرة من ٠٠ إلى ١٢٢ مذكرات فى أصول الفقه لأساتذة من كلية الشريعة طبع ١٩٦٣ ص ٣٦٢ .

الافتـاء

الإفتاء نوع من الاجتهاد ، وهو أخص من الإجتهاد لأن الاجتهاد وهو استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها سواء أكان فيها سؤال أم لم يكن .

أما الافتاء فانه لايكون إلا عند السؤال عن حكم واقعة وقعت أو أصبحت وشيكة الوقوع الصحيح ويراد معرفة حكمها.

والافتاء الصحيح . لايكون إلا عند مجتهد توافرت له شروط الاجتهـاد بالإضافة إلى شروط أخرى لابد من تواجدها وهى :

معرفة واقعة الاستفتاء ودراسة حالة المستفتى والجماعة التى يعيش فيها ليعرف المفتى مدى أثرها سلباً وإيجاباً حتى لايتخذ دين الله هزواً ولعباً .

شروط المفتى(١) .

روى عن الإمام أحمد بن حنبل أنه قال فى شروط المفتى .

لاينبغى للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال :

١ ـــ أن يكون له نية فان لم تكن له نية لم يكن عليه نور ولا على كلامه نور .

٢ ـــ أن يكون على علم وحلم ووقار وسكينة .

٣ ـــ أن يكون قويا على ماهو فيه وعلى معرفته .

٤ ـــ الكفاية وإلا مضغه الناس .

٥ ـــ معرفة الناس .

---

(١) المذاهب الفقهية لأستاذنا الفاضل المرحوم محمد أبو زهرة ص٦٢٣ وما بعدها .

ونرى من هذا أن الإمام أحمـــد يوجب على المفتى أن يلاحظ نفسية المستفتى كما يوجب أن يكون المفتى سمت حسن عند الناس كما لابد أن تكون له بصيرة نافذة يدرك بها أثر فتواه فإن رأى أن أثر الفتوى قد يكون شيئاً كف وإن رآه حسناً تكلم .

هل للمفتى أن يختار من الأقوال الفقهية ما يراه أيسر ؟

إذا لم تتوافر للمفتى أهلية الاجتهاد بأن لم يستوف شروطه فهل له أن يختار من أقوال المذهب مايكون أيسر للناس ؟

نعم له ذلك إلا إنه يجب عليه أن يعتمد نفسه بشروط ثلاثة .

١ — ألا يختار قولا متهافتاً فى دليله بحيث لو اطلع صاحبه على أدلة غيره لعدل عنه .

٢ — أن يكون فيما اختاره صلاح للناس وسير بهم فى طريق وسط لايتجه إلى طرف الشدة ولا طرف الانحلال .

٣ — أن يكون حسن القصد فى اختيار ما يختار فلا يختار لإرضاء حاكم أو لهوى الناس ويتجاهل غضب الله تعالى ورضاه فلا يكون كأولئك المتفين الذين يتعرفون مقاصد الحكام قبل أن يفتوا فهم يفتون لأجل الحـــكام لا لأجل الحق .

ويجب على المفتى أن يلاحظ الأمور الآتية :

١ — أن يتبع القول لدليله فلا يختار من المذاهب أضعفها دليلا بل يختار أقواها ولا يتبع شواذ الفتيا وأن يكون على علم بمناهج المذهب الذى يختار منه .

٢ — أن يجتهد فى ألا يترك المجمع عليه عند الجمهور لا إلى المختلف فيه .

فمثلا :

إذا سئل عن تولى المرأة عقد زواجها بنفسها لا يفتى بقول أبى حنيفة الذى انفرد به عن الجمهور بل يفتى بقول الجمهور لأن العقد يكون صحيحا بإجماع الفقهاء ولا مانع من أن يبين قول أبى حنيفة ويترك للمستفتى الخيار مع بيان وجه إختياره رأى الجمهور باعتبار أنها مسألة دقيقة فى الحلال والحرام يؤخذ فيها بالاحتياط .

وإذا كانت المسألة خلافية احتاط للشرع واحتاط للمستفتى من غير خروج فمثلا إذا سأله رجل يريد زواج امرأة قد رضعت من أمه رضعة واحدة أفتاه بمذهب أبى حنيفة ومالك اللذين يعدان قليل الرضاع محرما ولو كان مصة .

وإن كان السائل وقع فى البلوى وتزوج إمرأة بينهما رضاع لم تصل إلى خمس رضعات ولم تعلم الواقعة إلا بعد أن عقب منها أولاداً فإن الاحتياط يقضى للأولاد أن يفتى بمذهب الجمهور .

ولكن شروط ذلك أن تكون الأدلة قد تراجحت لديه ولا يرى واحداً منها قاطعا فى الموضوع .

الأمر الثالث : ألا يتبع أهواء الناس بل يتبع المصلحة والدليل والمصلحة المعتبرة مصلحة عامة .

الأمر الرابع : يجب على المفتى أن يأخذ بما يفتى به فانه إذا كان يترخص لنفسه بأمور لا يبيحها للناس فان ذلك يفقده العدالة إلا إذا كان الترخيص بسبب شخصى لو توافر فى غيره لأفتاه بمثل ما ترخص به لنفسه

الأمر الخامس : يجب على المفتى أن يتأنى ولا يتسرع فى فتواه ولا عيب عليه فى هذا مادام لم يكن متثبتاً من الحق

ولقد كان الإمام مالك رضى الله عنه يتأنى فى فتياه حتى أنه يقضى أياما فى دراسة مسألة واحدة .

وقال فى ذلك : ربما وردت على مسألة من المسائل تمنعنى من الطعام والشراب والنوم .

وفى الحق أن المفتى الأمين قائم بعمل هو عمل الأنبياء فالأنبياء كانوا يقومون ببيان مايحل ويحرم والمفتى ينقل للناس شرع الله ، وما قاله النبى ﷺ فهو جالس فى مجلسه ، ومن هنا فيجب على المفتى ألا يجعل لهواه موضعاً ويتوقف حيث لا يجب التقدم وينطق بالحق إن بدت له معالمه لايخشى فى الله لومة لائم(١) .

---

(١) أنظر المذاهب الفقهية للمرحوم أستاذنا محمد أبو زهرة ص ١٢٧ وما بعدها .

التقليـد

تعريفـــه :

هو فى اللغــة جعل القلادة فى العنق ومنه تقليد الهدى وهو أن يعلق فى عنق البعير قطعة من جلد ليعلم أنه هدى فيكف الناس عنه .

وفى الاصطلاح : يعرفه الأصوليون بأنه العمل بقول الغير من غير حجة من الحجج الشرعية الملزمة .

فالتقليد هو الأخذ بمذهب الغير سواء عرف المقلد الحكم مع دليله من مذهب المجتهد الذى قلده أو أخذ به بلا دليل فغير المجتهد عالماً كان أو عامياً سواء فى التقليد ويجب عليه أن يقلد مذهب مجتهد من المذاهب الإسلامية المدونة المنقولة نقلا صحيحاً .

والدليل على ذلك :

١ – قوله تعالى : « اسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » .

٢ – عمل الصحابة(١) والتابعين(١) وتابعى(٢) التابعين فإنهم كانوا يفتون العوام وقد جرى عملهم على أن من لم يبلغ رتبة الاجتهاد ويرجع فيما لا يعلم من الأحكام إلى من بلغها .

٣ – ليس فى وسع العامى أن يجتهد وليس فى قدرته النظر فى الأدلة الشرعية والاستدلال بها على الأحكام فلو كلف بذلك لكان تكليفاً بالمحال .

---

(١) من هو الصحابى .

(٢) والتـــابعى .

(٣) وتابع التابعى .

ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها فيتعين أو يقلد مجتهداً يعتمد عليه فى معرفة الأحكام ويرجع إليه فى العلم والعمل بها .

الاستمرار على مذهب معين :

إذا التزم المقلد العمل بمذهب معين : كمذهب الشافعية أو المالكية أو غيرهما من المذاهب المشهورة المعروفة فهل يلزمه الاستمرار عليه ؟

الجواب : والرأى الصحيح أنه لا يلزمه الاستمرار عليه ويصح له أن ينتقل من مذهب إلى مذهب آخر مالم يكن القصد من الانتقال التلهى والتشهى .

لأن من المقرر المعلوم أنه لا واجب إلا ماأوجبه الله ولا تكليف إلا بما كلف به .

ولم يوجب الله على أحد أن يتخذ مذهباً معيناً ولم يكلف أحداً من عباده أن يكون حنفياً أو شافعياً أو غير ذلك .

وإنما أوجب الله على عباده اتباع شريعته وكلفهم بالعمل بأحكامها فما لا يتوصل الى العلم به من الأحكام إلا بالنظر والاستدلال — وهو موضع اجتهاد المجتهدين وتقليد المقلدين — فإذا كان المكلف قادراً على معرفته بالاجتهاد والنظر فى الأدلة الشرعية وجب عليه أن يجتهد وأن يعمل بما أداه إليه اجتهاده ، وان كان غير قادر على النظر والاستدلال سقط عنه الاجتهاد والنظر فى الأدلة الشرعية . لأن ذلك ليس فى وسعه ووجب عليه أن يتابع مجتهداً من الأئمة المجتهدين ويتخذ مذهبه مذهباً له ويجوز له أن ينتقل منه الى مذهب آخر .

« وفى وسع عوام الأمة فى عصرنا هذا أن يأخذوا بقول عالم من علماء أى مذهب من مذاهب الأئمة الأربعة المشهورة حيث دونت كتبها ونقلت

أبى حنيفة فلأن خروج الدم ينقض الوضوء وأما عند الشافعى فـــلأن لمس المرأة ينقض الوضوء (١) .

فيم يكون التقليد :

والتقليد لا يكون إلا فى الفروع (وهى الأحكام الفقهية الظنية المتعلقة بفعل المكلف) وهو ما عليه المحققون من الأصوليين.

وأما التقليد فى العقائد أى الأحكام الاعتقادية المتعلقة بوجود الله وما يجوز عليه وما لا يجوز وما يجب له وما يستحيل عليه وما يجوز فى حق الرسل عليهم الصلاة والسلام وما تجب فى حقهم وما يستحيل عليهم إلى غير ذلك .

فقد اختلف فيه العلماء والصحيح أنه يجوز للعامى الذى لا يمكنه النظر فى الأدلة وتحريرها على طريقة المتكلمين التقليد فيها ولا يجب عليه النظر اكتفاء بما حصل عنده من الاعتقاد الذى لا يحتمل الشك وأن إيمانه صحيح والدليل على ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكتفى من الأعراب — وليسوا أهلا للنظر فى الأدلة — بالتلفظ بكلمتى الشهادة المبنى على الاعتقاد الجازم ولم يطالبهم بالنظر ونصب الأدلة (٤)

---

(١) انظر سلم الوصول لعلم الأصول تأليف الاستاذ عمر عبد الله ٢٤٤ ص ٢٤٥ وإرشاد الفحول للشوكانى ص ٢٦٥ وما بعدها الوجيز فى أصول الفقه ص ٢٩٥

(٢) انظر المراجع السابقة .

والموجز لأصول الفقه ص ٢٠٥ لأساتذة كلية الشريعة .

أبي حنيفة فلأن خروج الدم ينقض الوضوء وأما عند الشافعي فلأن لمس المرأة ينقض الوضوء (١).

فيم يكون التقليد :

والتقليد لا يكون إلا في الفروع (وهي الأحكام الفقهية الظنية المتعلقة بفعل المكلف) وهو ما عليه المحققون من الأصوليين.

وأما التقليد في العقائد أي الأحكام الاعتقادية المتعلقة بوجود الله وما يجوز عليه وما لا يجوز وما يجب له وما يستحيل عليه وما يجوز في حق الرسل عليهم الصلاة والسلام وما يجب في حقهم وما يستحيل عليهم إلى غير ذلك.

فقد اختلف فيه العلماء والصحيح أنه يجوز للعامي الذي لا يمكنه النظر في الأدلة وتحريرها على طريقة المتكلمين التقليد فيها ولا يجب عليه النظر اكتفاء بما حصل عنده من الاعتقاد الذي لا يحتمل الشك وأن إيمانه صحيح والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكتفي من الأعراب — وليسوا أهلا للنظر في الأدلة — بالتلفظ بكلمتي الشهادة المبني على الاعتقاد الجازم ولم يطالبهم بالنظر وتصير الأدلة(٢).

---

(١) انظر سلم الوصول لعلم الأصول تأليف الاستاذ عمر عبد الله ٢٤٤ ص ٢٤٥ وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٦٥ وما بعدها الموجز في أصول الفقه ص ٢٩٥

(٢) انظر المراجع السابقة.

والموجز لأصول الفقه ص ٢٩٥ لأساتذة كلية الشريعة.

القضاء فى الاسلام

القضاء عند علماء الشرع :

هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله (١)

لماذا شرع

يقول ابن فرحون (٢) : « وأما حكمته فرفع التهارج ورد النوائب وقمع الظالم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر »

والقضاء شرع للحاجة إليه ولا يمكن للبشرية أن تستقر بدونه لأن فيه أمرا بالمعروف ونهياً عن مضرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقيه ورداً للظالم عن ظلمه وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض فإن الناس لا يستقيم أمرهم بدونه فيه الدماء تعصم وتسفح والابضاع تحرم وتنكح والأموال يثبت ملكها ويسلب والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويندب ويكره فالناس فى حاجة إليه فى كل وإلا أصبح الأمر فوضى (٣)

دليل مشروعيته

وقد دل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والعقل .

أما القرآن فآيات كثيرة منها قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله »

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٧ ص ٢

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٨

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٤

وقوله تعالى أيضا « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم»

أما السنة فأحاديث كثيرة دلت على مشروعيته بل على ضرورته منها قوله ﷺ « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر»

وما روى عنه ﷺ « انه قال :« هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة قالوا الله ورسوله أعلم قال : « الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سئلوه بذلوه وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم»

أما الإجماع : فقد أجمعت الامه من لدن حياته ﷺ على مشروعية القضاء .

أما العقل : فإن ضرورة المجتمع تقتضيه لقطع المنازعات وإنصاف المظلوم من الظالم وغير ذلك من المصالح التى لا تقوم إلا بإمام .

ومعلوم أنه لا يمكن القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج إلى نائب يقوم مقامه فى ذلك وهو القاضى (١)

حكمه :

(حكم تولية القضاء) وتولية القضاء تعرض لها الأحكام الآتية :

١ — فقد يكون توليه واجباً. فيجب على الشخص إذا تعين له ولا يوجد من يصلح غيره .

٢ — وقد تكون التولية مستحبة : إذا وجد من يصلح غيره لكنه هو أصلح له وأقوم به.

٣ — وقد تكون التولية مباحة : فيخير فى قبوله أو رفضه إذا استوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به .

---

(١) انظر المراجع السابقة

(٢) انظر حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٣١ ، المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٥

٤ — وقد تكون التولية محرمة : إذا علم من نفسه العجز عنه وعدم الإنصاف فيه لميله لاتباع الهوى .

٥ — وقد تكره التولية : فى حالة ما إذا كان صالحا لحاله لكن يوجد من هو أصلح منه .

تاريخ القضاء

والقضاء كان معروفاً فى العهود القديمة السابقة على الإسلام بنظمه وقوانينه ولوائحه وإن اختلفت طريقته ومنهجه فكان لدولة الفرس وقدماء المصريين وعند آل حورابى والآشوريين قضاء كما كان للعرب قضاة يرجعون إليهم فى منازعاتهم غير أنهم ليس لهم قانون مدون يرجعون إليه وإنما كانوا يصدرون أحكامهم طبقا لعاداتهم الموروثة .

وكان القضاء عند العرب يسمى حكومة والقاضى يسمى حكما وكان حكم العرب يعقدون مجالس الحكم فى خلال الأشجار أو خيام تضرب حتى بنيت الدور والأماكن ومن الدور الشهيرة دار الندوة بمكة .

ولما جاء الإسلام وبعث ﷺ كان من مهامه أيضا الفصل فى الخصومات حيث يقول الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما)(١)

ومعروف أن القانون الواجب التطبيق هو ما أشار إليه الله تعالى فى قوله (فاحكم بينهم بما أنزل الله)(٢)

فقام ﷺ بهذه المهمة خير قيام ممتثلا أوامر ربه وسهر على تنفيذ تلك المهام وكان قضاؤه ﷺ عن طريق اجتهاده مستلهما بذلك روح الشريعة

---

(١) سورة النساء ٤٨

(٢) المائدة ٤٨

الغامة وقد روى البخارى أنه ﷺ قال لرجلين اختصما إليه فى مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة : « إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض »

وكان الرسول ﷺ يطلب من الخصم إثبات دعواه عن طريق وسائل الإثبات كالبينة واليمين وشهادة الشهود .

ومن هنا نراه يقول : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ويقول « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » ولم يقتصر هذا الأمر عليه ﷺ وحده بل اتسعت الدولة الإسلامية ودعت الضرورة إلى وجود ولاة وقضاة هنا وهناك دربهم ﷺ على ذلك فارشدهم إلى الطريق الصحيح فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام أرسل معاذ بن جبل إلى (الجند) ليعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضى بينهم وجعل له قبض الصدقات من العمال الذين باليمن ورغم أنه أسند إليه القضاء وغيره فإنه لعنايته بالقضاء سأله كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟

قال أقضى بكتاب الله قال فإن لم تجد فى كتاب الله قال أقضى بسنة رسول الله ﷺ قال فإن لم تجد فى سنة رسوله ؟ قال اجتهد رأيى ولا آلو » فسر النبى ﷺ من معاذ لمعرفته للمصادر التى يأخذ منها أحكامه وترتيبها وكان رسول الله ﷺ يعطى القضاة أجراً مناسباً لاحتياجاتهم.

أما القضاء فى عهد الخلفاء:

فكان القضاء فى عهد أبى بكر رضى الله عنه قريب الشبه بما كان عليه أيام الرسول ﷺ لانشغال سيدنا أبى بكر بأمور ومشاكل سياسية طرأت فى عهده وعلى رأسها مواجهة المرتدين . فلم يحدث هناك فى مجال القضاء أو فى تغيير ويحكى أنه قلد عمر ابن الخطاب منصب القضاء إلا أنه لصلاح الناس

فى ذاك الوقت ولما عرف عن سيدنا عمر من شدة وحزم لم يلجأ إليه خصوم إلا نادرا .

ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية إبان خلافة سيدنا عمر بن الخطاب اضطر مع هذا الاتساع تعيين قضاة فى الأمصار الإسلامية غير الولاة ليقوموا بمهمة الفصل فى الخصومات التى تقع بين الناس فولى أبى الدرداء قضاء المدينة وولى القاضى شريحا قضاء البصرة وأباموسى الأشعرى قضاء الكوفة . وهكذا .

كان القضاة فى زمن سيدنا عمر يفصلون فقط فى الأقضية المالية والجنايات سواء ما يتعلق فيها بالقصاص أو الحدود فانها فى عهد الخلفاء كانت من اختصاص الخليفة وولاة الأمصار .

وكان القضاء يجرى فى عهدى سيدنا أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى المسجد أما فى عهد سيدنا عثمان فقد بنى دارا للقضاء .

ولم يكن للقاضى كاتب أو سجل تدون فيه الأحكام . لأن القاضى كان يقوم بتنفيذ الحكم بنفسه عقب إصداره كما لم يكن له مكان خاص .

وإنما كان القاضى أولا يجلس بمنزله ويحضر إليه أصحاب الخصومات فيقضى بينهم ثم أصبح يجلس فى المسجد للفصل فى الخصومات .

وكان القاضى يتعرف على الحكم فى القرآن الكريم فإن لم يجده نظر فى السنة فإن لم يجده سأل الناس هل فيكم من يعرف هذا فى السنة فإن كان طالبه بشاهد معه أو يحلف — على صدق ما يقول وإلا اجتهدوا اجتهادا جماعيا إذا كان يتعلق بالجماعة .

وكان القضاة يأخذون رواتبهم من بيت المال بما يكفى حاجاتهم وكان

الخلفاء يرشدون الولاة والقضاة ويوجهونهم إلى ما ينبغي أن يكون عليه سلوكهم مع المتخاصمين ، ومن هذا رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعرى قاضى الكوفة وتلك الرسالة تعتبر دستورا للقضاء حتى الآن ونذكر جزءا منها (نظرا لضيق المقام ومن أراد الرسالة كاملة فلينظر كتاب إعلام الموقعين لابن القيم ١ / ٨٥) .

« أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له آس بين الناس فى مجلسك وفى وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعى واليمين على من أنكر ... الخ » .

— أما القضاء فى العصر الأموى . فقد زادت رقعة الدولة الإسلامية وتبع هذا تفرق الصحابة والتابعين وكان الخلفاء يعينون الولاة للأقاليم والولاة يختارون القضاه ليتولوا الفصل فى الخصومات . وكان القاضى فى الغالب مجتهدا . يقضى فيما لا نص فيه قاطع ولا إجماع برأيه واجتهاده وإذا اختلط عليه أمر أو اشتبه شاور من يجاوره من العلماء أو الخليفة وكان القاضى لا يلتزم برأى معين ، غير أنه لم يكن للقاضى سلطة الفصل فى العقوبات التأديبية كالحبس وغيره وإنما كان ذلك للخليفة أو نوابه .

أما تنفيذ الأحكام . فقد كان القضاة يشرفون عليه بأنفسهم أو بواسطة نوابهم بتوجيه منهم .

وكانت طريقة الفصل فى الخصومة : أن تعرض الدعوى فينظرها القاضى ويفصل فيها ويعرف الخصمين بحكمه ويبين للمحكوم عليه ما بنى عليه الحكم .

ولم يكن تسجيل الأحكام معروفا حتى ذاك الوقت حتى قامت الضرورة والدواعى لذلك حيث حكى(١) أن قاضيا فى مصر فى عهد معاوية يسمى (سليم بن عتر) . كان قد قضى فى ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم الذى أصدره القاضى واختلفوا فيه . فعادوا إليه مرة أخرى فحكم بينهم ودون الحكم فى سجل خاص فكان أول حكم قضائى يسجل .

أما القضاء فى العصر العباسى فقد تغير كثيرا عما كان عليه الحال من قبل حيث ظهر فى هذا العصر كثرة الجدل والمذاهب الإسلامية على اختلاف طرائقها ومناهجها ووجد التقليد وكان القضاء فى كل إقليم يجرى على مذهب هذا الإقليم الأمر الذى أدى إلى وجود الاختلاف بين الأحكام على الرغم أن الحادثة واحدة وقد ترتب على هذا وجود البلبلة والاضطراب فى الأحكام وقد أفزع هذا بعض المفكرين فكتب ابن المقفع إلى الخليفة أبى جعفر المنصور أن يجمع الناس على قانون عام موحد يكون ملزما للقضاة فى سائر الأقاليم الإسلامية توحيدا للقضاء .

وقد عرض الخليفة هذا الأمر على الإمام مالك طالبا منه تحقيق تلك الأمنية إلا أن مالكا رفض تلك الفكرة وخشى أن يقلده الناس الأمر الذى يلزمه .

وقد كان للقضاء فى ذاك العصر ولاية خاصة وللقضاء رئيس منهم يوجههم ويشرف عليهم ويتولى أمرهم وهى مهمة أشبه ما يكون بوظيفة التفتيش القضائى حيث كان لرئيس القضاة حق التعيين والعزل ومراجعة الأحكام وأول من قلد ذلك المنصب هو الإمام أبو يوسف ذلك الفقيه الحنفى المعروف

---

(١) أنظر المدخل للفقه الإسلامى للعلامة د. محمد سلام مدكور ص ٣٤٠

الذي نال محبة الخلفاء لعلمه وعقله فعينوه فى أعلا مناصب الدولة وكان هـذا المنصب يعرف بقاضى القضاة وقد عمل الإمام أبو يوسف على تعيين القضاة من الحنفية فقط مما زاد مذهبه نمـاء وانتشارا وقلده كثيرون فى ذاك الوقت طلبا لمهنة القضاء .

وقد حدث تطور ملحوظ فى القضاء بعد ذلك أى بعد انفصال الأقطار الإسلامية عن حكومة بغداد وأصبح لكل أقليم قاضى القضاة وأصبح للقضاة والعلماء زى خاص يميزهم عن غيرهم من عامة الناس وأقيم بين يديه من يمنع الناس عن التقدم فى غير وقته ويحافظ بالنظام ويحضر له الخصوم وحددت للقضاء أيام تنظر فيها القضايا فقط دون غيرها وأصبح هناك عناية بالسجلات وتسجيل الوصايا والديون فيها واتسعت ولاية القضاء فأصبح له سلطة فى النظر فى أغلب الخصومات(١) .

وقد كانت للقضاء سيادة تامة فى جميع أقطار العالم الإسلامى ومنها مصر واستمرت هذه السيادة حتى تبعت مصر الدولة العثمانية إلا أنهـا احتفظت لنفسها بحق تعيين القضاة وتبعية السلطة القضائية : وقد عمدت الدولة العثمانية وأفرطت فى التسامح مع غير المسلمين من الذميين فجعلت لهم قضاءا خاصا بتلك الطوائف الملية وقـد سرى هـذا فى مصر باعتبارها جزءا من الدولة العثمانية .

ومن هنا نعلم أنه وجد بجانب القضاء الإسلامى قضاء ملى طائفى .

وفى سنة ١٨٧٦ أكتمل لمصر سلطانها القضائى وولايتها عليـــه وكانت

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص١٨ ومقدمة ابن خلدون ص١٩٢ .

جهات القضاء قد تعددت وكذلك القانون الواجب التطبيق حتى أصبح فى مصر خمسة أنواع من القضاء (فى عهد الخديوى توفيق) .

١ — القضاء الشرعى . وكان هو الأصل ومصدر أحكامه الفقه الاسلامى.

٢ — والقضاء القنصلى وكل محكمة منه تقضى بقانون بلدها خروجا على أصل أقليمية القضاء فى الدولة الإسلامية إذ لا يجوز قيام قضاء أجنبى فى إقليم الدولة الإسلامية .

٣ — والقضاء المختلط وقد أنشىء سنة ١٨٧٥ .

٤ — والقضاء الأهلى وأنشىء سنة ١٨٨٢ . ومصدرهم القوانين الأجنبية .

٥ — والقضاء الملى ومصدره ديانات الطوائف غير الإسلامية .

وهكذا تعددت جهات القضاء فى مصر ثم اتجهت مصر بعد ذلك للتخلص من هذا الوضع الشاذ فألغت القضاء القنصلى والمختلط ووجدت القضاء بعد ذلك فالغت المجالس الملية والمحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦ وأحيلت القضايا التى كانت منظورة أمامها للقضاء العادى (المحاكم الأهلية السابقة) أنشىء فيها دوائر أحوال شخصية للمسلمين والقانون المطبق فيها هو قانون يستمد أحكامه من الفقه الاسلامى. كما أنشئت دوائر كذلك لتنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

تلك نبذة قصيرة عن تاريخ القضاء فى عهود الاسلام وهو من غير شك فى عهوده الأولى منها كان الحكم القضائى صفة دينية لأنه يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية مما يكسبه قوة ومهابة لا مخافة من قوة الحاكم التى تعمل على تنفيذ الأحكام وإنما خوفا من بطش الله وخشية غضبه . ولذا فإن الحكام

أنفسهم كانوا يدعون إلى مجلس القضاء إذا خاصمهم أحد شأنهم شأن أى فرد فينتقلون إلى مجلس القاضى ويدخلونه بكل توقير تاركين أبهة السلطة خارجه وكثيرا ما يحكم القاضى على الخليفة أو الوالى فيرضخ لحكم الشرع .

ومن هذا — ما حدث بالنسبة للخليفة المنصور فقد ادعى عليه جماعة حقا أمام القاضى محمد بن عمر الطلحى فأرسل القاضى للخليفة يستدعيه فاستجاب الخليفة وحضر ولما حضر الخصوم سوى القاضى بينهما فى المجلس وبعد سماع أقوال طرفى الخصومة حكم القاضى ضد الخليفة وبعد عودة أمر باستدعاء القاضى بعد انصراف الناس عن مجلسه . فذهب القاضى وهو يخشى غضب السلطان ولكنه لما مثل بين يدى الخليفة قال له المنصور جزاك الله عن دينك ونبيك وعن خليفتك أحسن الجزاء(١) .

كيف يعين القاضى فى الشريعة الاسلامية ؟ : لا يجوز تعيين القاضى إلا من قبل الامام (أى الحاكم العام فى الدولة) أو من فوض إليه الامام ذلك لأن القضاء من المصالح العامة التى يحتاج إليها الناس فى حياتهم ومعاملاتهم ولأنه يترتب عليه انتقال الحق من ذمة إلى ذمة وتنفيذ الواجبات ولا يقدر على ذلك إلا الإمام .

أما السر فى تركيز سلطة القضاء بيد واحدة هى يد الحاكم الأعلى أن الأمة فوضت الأمر كله إليه فلا يفتات فى شيء عليه ولهذا لم يختلف الفقهاء فى أن المصالح العامة لا يباشرها إلا هو بنفسه أو من ينيبه فى ذلك ومعلوم أن القضاء من المصالح العامة .

---

(١) أنظر المدخل فى الفقه الاسلامى لأستاذنا العلامة د . محمد سلام مدكور ص٣٤٣ .

يقول ابن خلدون (فى مقدمته) :

أما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب الفصل بين الناس فى الخصومات حسما للتداعى وقطعاً للتنازع لأنه عمل بالأحكام الشرعية المأخوذة من الكتاب والسنة فكان القضاء لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً فى عمومها وقد أشار القرآن لذلك فى قوله سبحانه وتعالى : (ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق(١)) .

وإذا كان القضاء جزءا من وظيفة الخلافة وكان للخليفة مباشرة جميع وظائفه فإن له أن ينيب عنه من يقوم بها أو ببعضها إذا توافرت فيه شروط النيابة ويؤيد ذلك ماذكره الفقهاء من أن القاضى وكيل السلطان غير أنه لا ينعزل بموته كسائر الوكلاء استثناء من القاعدة العامة لشدة الضرر وتعطل مصالح الناس إذا قلنا بانعزاله وطبقنا عليه القاعدة العامة من جميع وجوهها(٢) .

وللحاكم عزل القاضى المولى من قبله إذا وقع منه ما يقتضى العزل ، وإلا فإن الأولى(٣) أنه لا يعزله دون مقتض لأن عقده لمصلحة المسلمين وقد تعلق به حق الأمة فلا يملك عزله مع سداد حاله . كما أن للقاضى أن يعزل نفسه ويكون ذلك باستقالته من عمله غير أنه لا ينعزل حتى تقبل استقالته وعلى هذا فأحكامه قبل قبول استقالته تكون نافذة .

ولا يخلع بموت السلطان أو نائبه ولا يحتاج إلى تجديد اليقين لأن القاضى يستمد ولايته القضائية من الولاية العامة الحاصلة لولى الولى بتولية الأمة

---

(١) سورة (ص) ٢٦ .
(٢) انظر نظام القضاء فى الإسلام للدكتور إبراهيم عبد الحميد .
(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٦١ .

له فهو فى الحقيقة وكيل عن الأمة ويحكم باسمها وليس وكيلا عن السلطان ذاته .

ما هى شروط القضاء ؟

لا يعين قاضياً ولا ينفذ قضاؤه إلا من استكملت فيه الشروط الآتية(١)

أولا : أن يكون مسلما لأن الإسلام شرط فى جواز الشهادة على المسلم . لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » فلا يجوز لغير المسلم تولية القضاء على المسلم ، لأن شهادته عليه غير مشروعة أما تولية غير المسلم على غير المسلم فجائز عند الحنفية .

ثانيا . أن يكون عدلا فلا يجوز تولية فاسق القضاء ويرى الحنفية أن قضاء الفاسق نافذ ما دام موافقا لأحكام الشرع والقوانين الموضوعة له .

ثالثاً : أن يكون عالما بالأحكام الشرعية بالفعل أو بطريق القدرة على الاجتهاد وإن كان الحنفية يرون جواز تولية المقلد لأحد المذاهب .

رابعاً أن يكون سليم النطق والسمع والبصر . لأن الأخرس لا يستطيع النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته والأصم لا يسمع قول الخصمين والأعمى لا يتكشف الخصوم .

وقد قيل بجواز أن يكون القاضى ضريراً (١) أما سلامة باقى الأعضاء فغير معتبرة فى القاضى وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لذوى الولاية(٢)

خامساً : أن يكون عاقلا ، لأن العقل مناط التكليف والمراد بالعقل هنا أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة .

سادساً : أن يكون بالغاً لأن غير البالغ لا تصح شهادته والقضاء ولاية عامة والشهادة ولاية خاصة فإذا لم يصلح للجزء فمن باب أولى لا يصلح للكل .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٤٠

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى جـ ٦٢

وقد ورد عن الإمام أحمد أن النبي ﷺ قال « تعوذوا بالله من رأس السبعين ومن إمارة الصبيان »

إذ التعوذ لا يكون إلا من شر فيكون تقليد الصبيان فسادا فى الأرض ومضرة

سابعاً أن يكون ذكراً فلا يصح قضاء المرأة وخالف فى ذلك الحنفية وقالوا إنه يجوز للمرأة أن تقضى فيما عدا الحدود والقصاص(١) .

ما يجب أن يحكم به القاضي ؟ :

القاضى يستمد الأحكام من الفقه الإسلامى فهو يعتمد إما على النصوص قطعية الدلالة والثبوت من القرآن والسنة أو الأحكام المجمع عليها فإن لم يجد شيئا من ذلك قضى باجتهاده وإن خالف رأى غيره من المجتهدين لأن فى عقيدته أن ماوصل إليه باجتهاده هو الحق إلا أنه ينبغى له أن يستشير أهل الفقه فى ذلك كما عرف عن فقهاء الصحابة فان اختلفوا فى حكم الحادثة رجح هو ما تطمئن إليه نفسه وقضى به وعلى هذا فإنه إذا انتهى إلى رأى فى أثناء بحثه ومشاورته للفقهاء وكان ذلك الرأى مخالفاً لرأيهم جميعا فإنه يلزمه أن يقضى بما يراه هو بل قال الفقهاء إنه يحرم عليه أن يأخذ برأى غيره، والمجتهد غير ملزم باتباع ماقضى به فى حادثة مماثلة سابقة وله أن يعدل إلى ما اطمأنت إليه نفسه . وهذا كله إذا كان القاضى مجتهداً .

أما لو كان القاضى مقلدا فإنه يجب عليه أن يحكم طبقاً لمذهب إمامه متبعاً لأرجح الآراء إن كان له إلمام بها فهو يحكم بأصل المذهب وإن كان الحكم بغير قول الإمام نفسه كابن وهب وابن القاسم فى المذهب المالكى مثلا . لأن المقلد متى خالف معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ٧ / ٣ .

وعلى هذا لا يجوز للقاضى المقلد أن يقضى بغير مذهبه وإلا نقض حكمه ولم ينفذ . وإذا قيد الحاكم القاضى أن يقضى بخلاف مذهبه أو بالضعيف من مذهبه فهذا التقيد باطل . لأن القاضى مأمور أن يحكم بالحق والحق ما يعتقده صحيحاً سواء أكان الاعتقاد عن طريق بذل الجهد والنظر أم عن طريق الاقتناع برأى الإمام والعلم بمذهبه . ولما قيد القانون فى مصر من زمن بعيد القضاء فى المحاكم الشرعية على المذهب الحنفى فقد استلزم ذلك أن يكون القضاء فيها مقصوراً على من كان حنفى المذهب حتى لا يحكم القاضى بخلاف مذهبه بأمر السلطان .

مما تقدم علمت أن القاضى قد يقضى باجتهاده إن كان مجتهدا وبأن يقضى بمذهب إمامه إن كان مقلدا وقد يلزم من قبل الحاكم بالقضاء بمذهب معين ورأى معين . وقد ترتب على كل هذا بلبلة واضطراب فى الأحكام لوجود الخلاف بين المجتهدين فى الأحكام ولتعدد المذاهب الإسلامية الأمر الذى أدى بابن المقفع فى القرن الثانى الهجرى أن يطلب من الخليفة المنصور أن يجمع الناس على رأى واحد ثم تطورت الفكرة حتى قننت كثير من الأحكام الشرعية بواسطة كبار رجال الفقه الإسلامى ممن هم أهل للاجتهاد .

أما القضاة فوظيفتهم هى تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها بسلطان القضاء ولاشك فى أن الأحكام الواجبة التطبيق إذا كانت محددة مبينة معروفة للقاضى وللمتقاضى كان ذلك أدعى إلى تحقيق العدالة والتيسير على الناس وأكفل لتحقيق المساواة بينهم وطمأنة نفوسهم بالنسبة للقضاة فلم يكن من بد من وضع الأحكام الشرعية القضائية فى صيغ قانونية تتولاها طائفة من فقهاء الأمة من أهل الرأى والاجتهاد . ولا خير فى ذلك ما دامت هذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه وآرائه . وهذه

النصوص تعتبر قطعية ويجب على القاضى اتباعها ولا يجوز له مخالفتها . وإذا حدث عنده غموض وخفاء فى تطبيقها على بعض الحوادث اجتهد فى حدود هذه النصوص ولا يخرجه هذا عن مصدر العدالة(١) .

ما الذى يطبق على غير المسلم فى بلادنا ؟

إذا عرضت على القاضى قضية خصومها لا يدينون بالإسلام لكنهم يتمتعون بالإقامة فى الوطن الإسلامى .

كالذمى (وهو الذى يتمتع برعوية دار الإسلام له ما للمسلمين وعليه ما عليهم) .

والمستأمن (وهو من أهل دار الحرب الذى دخل فى دار الإسلام بعقد أمان مؤقت) .

فهل القاضى يطبق شريعتنا أم شريعتهم ؟

للفقهاء فى ذلك مذاهب شتى نجملها فيما يأتى :

فيقول الحنابلة والمالكية : إذا احتكموا إلى قضائنا فللقاضى أن ينظر قضاياهم لقوله تعالى (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) .

إلا إذا كان أحد الخصوم مسلماً فإنه يجب عليه أن ينظر الخصومة دون تردد .

هم بالخيار إما أن يلجئوا إلى قضائنا وللقاضى فى هذه الحالة جواز النظر فى قضاياهم إلا إذا كان أحد الخصوم مسلما فيجب على القاضى النظر دون تردد .

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ١٦/١ — الأحكام السلطانية ٦٤/٦ البدائع ٤/٧ حاشية ابن عابدين ٣٦٩/٤ .

وإما أن يعين قاضيا من جانبهم يولونه عليهم يكون له صفة رياسة عليهم .

أما الشافعية والظاهرية . فيرون أنه يجب على القاضى أن ينظر فى جميع قضايا مطلقا بلا فرق بين قضية وأخرى . سواء اتحدت ملة الخصوم مذاهبهم أم اختلفت .

وفى الجملة :

فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الإسلامى سواء أكانت الخصومة بين مسلمين أو بين ذميين لقوله تعالى : (فاحكم بينهم بما أنزل الله) .

فلا يطبق قانون على الذميين غير الذى يجب أن يطبق على المسلمين بلا استثناء إلا قضايا رأى بعض الفقهاء أن يقروا عليها وفى مقدمتها قضايا الأنكحة وتصرفاتها التى تمت بالقبض قبل الترافع إلينا بالنسبة للخمر والخنزير(١) .

مسئولية القاضى :

إذا حكم القاضى وتبين لنا أن حكمه مخالف :

١ — فإن كان متعمداً وأقر بذلك بطل حكمه ولم ينفذ لكن لو نفذ وترتب عليه شىء . لزمه الضمان ويعزر ويعزل لارتكابه هذه الجريمة .

٢ — أما إذا كان خطؤه غير متعمد . فإن كان فى حق من حقوق العباد وأمكن تدارك الأمر فإن الحكم يبطل بنقضه لأن القضاء لا يحتكر فض المنازعات بين الناس وإنما يشاركه فى ذلك التحكيم . وإن نفذ الحكم ، فإن

---

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى لأستاذنا د محمد سلام/ ٣٨٥ والبدائع ٢/ ٣١٢ .

كان أساس الخطأ تدليس المدعى فيما أثبت به الدعوى كان الضمان فى مال المقضى له ، حتى ولو كان الحكم بالقصاص فإنه تلزمه الدية ولا يقتص منه .

وإذا لم يكن منشأ الخطأ ما ذكر وإنما كان من اجتهاد القاضى فلا شيء أى لا ضمان على القاضى ولم يبطل القضاء .

٣ — أما إذا كان الأمر المقضى فيه حقاً من حقوق الله تعالى كالزنا والسرقة بطل القضاء ووجب الضمان فى بيت مال المسلمين إذا كان الحكم قد نفذ .

لأن ولايته فى الواقع يرجع استمدادها من عامة المسلمين ويقضى هذا للصالح العام فينبغى أن يكون الضمان فى بيت مالهم(١) .

التحكيم

والتحكيم : أن يتحاكم شخصان إلى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما فى أمر فيه نزاع .

والتحكيم جائز والإجماع منعقد على جوازه والعمل به .

وشرع للحاجة إليه لأنه قد يشق على بعض الناس الحضور إلى مجلس القضاء . فيقضى بينهما « الحكم » .

والأصل فيه قوله تعالى « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما » . وقد عمل الرسول ﷺ بحكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ وقد تحاكم سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأبى بن كعب إلى زيد بن ثابت لما تنازعا فى نخل بينهما .

---

(١) انظر القضاء فى الإسلام د سلام مدكور/ ٣٧٢ والسلطة القضائية د . نصر فريد .

ما يجوز فيه التحكيم :

فريق من الشافعية · يجوز التحكيم فى كل الخصومات التى تنشأ بين الناس ·

وقال آخرون منهم : لا يجوز التحكيم إلا فى الأموال : أما النكاح والقصاص واللعان والحدود فإنه لا يجوز فيها التحكيم . لأنها حقوق بنيت على الاحتياط ·

وقال ابن فرحون : ان التحكيم جائز فى الأموال وما فى معناها ولا يقيم المحكم حدا ولا يلاعن بين الزوجين ولا يحكم فى قصاص أو قذف أو طلاق .

هل التحكيم ملزم بالنسبة للخصوم :

مايقضى به الحكم ملزم ويجب نفاذه عند الإمامين أبى حنيفة وأحمد وروايته عند الشافعى ·

وقيل : إن حكمه غير ملزم إلا إذا ارتضياه بعد إصداره لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضى وهذا الرأى لبعض الشافعية .

ولكل واحد من الخصوم أن يرجع مادام الحكم لم يصدر حكمه لأنه مقلد من جهتيهما فلهما عزله قبل أن يحكم أما إذا حكم فيما حكم فيه قبل عزله انفذ الحكم ولم يبطله العزل .

شروط الحكم : قال الحنفية كل من تقبل شهادته فى أمر جاز أن يكون حكما فيه ومن لا فلا ولا بد أن يكون أهلا للشهادة من وقت التحكيم حتى صدور الحكم وإلا كان حكمه باطلا (١) .

وقال غالبية المالكية والشافعية يشترط فى الحكم أن يكون أهلا لولاية القضا (٢) .

---

(١) انظر مغنى المحتاج ٣٧٨/٤ — حاشية الدسوقى ١٣٦/٤ ·

(٢) تبصرة الحكام ٤٣/١ ، المغنى لابن قدامة ١٠٨/٩ معين الحكام ٢٥

وللحكم الحق في سماع البينة وكل وسائل الإثبات وقد نظم قانون المرافعات المصرى كل مايتعلق بنظام التحكيم فى المواد من ٧١٧ — ٨٥٠ .

آداب القضاء : يجب على من تولى القضاء أن يعالج نفسه ويجتهد فى صلاح حاله ويكون ذلك من أهم ما يجعله من باله فيحمل نفسه على أدب الشرع وحفظ المروءة وعلو الهمة ويتوقى مايشينه فى دينه ومروءته وعقله ويحطه من منصبه وهمته فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدى به وليس يسعه فى ذلك مايسع غيره فالعيون إليه مصروفة ونفوس الخاصة عن الاقتداء بهديه موقوفة ولا ينبغى له بعد الحصول فى هذا المنصب سواء وصل إليه برغبة فيه وطرح نفسه عليه أو امتحن به وعرض عليه أن يزهد فى طلب الحظ الأخلص والسنن الأصلح فربما حمله على ذلك استحقار نفسه لكونه ممن لا يستحق المنصب أو زهده فى أهل عصره ويأسه من استصلاحهم واستبعاد مايرجو من علاج أمرهم وأمره أيضا لما يراه من عموم الفساد وقلة الالتفات إلى الخير فإنه إن لم يسع فى استصلاح أهل عصره فقد أسلم نفسه وألقى بيده إلى التهلكة ويئس من تدارك الله تبارك وتعالى عباده بالرحمة فيلجئه ذلك إلى أنه يمشى على مشى أهل زمانه ولا يبالى بأى شىء وقع فيه لاعتقاده فساد الحال وهذا أشد . من مصيبة القضاء وأدهى من كل ما يتوقع من البلاء فليأخذ نفسه بالمجاهدة ويسعى فى اكتساب الخير ويطلبه ويستصلح الناس بالرهبة والرغبة ويشدد عليهم فى الحق فإن الله تعالى بفضله يجعل له فى ولايته وجميع أموره فرجاً ومخرجاً .

ولا يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرئاسة وانفاذ الأمور والالتذاذ بالمطاعم والملابس والمساكن فيكون ممن خوطب بقوله تعالى : (أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا) وليجتهد أن يكون جميل الهيئة ظاهر الأبهة

وقور المشية والجلسة حسن المنطق والصمت محترزاً في كلامه من الفضول وما لا حاجة به كأنما يعد حروفه على نفسه عداً فإن كلامه محفوظ وزلله في ذلك ملحوظ وليقلل عند كلامه الإشارة بيده والالتفات بوجهه فإن ذلك من عمل المتكلفين وصنع غير المتأدبين وليكن ضحكه تبسما ونظره فراسة وتوسماً واطراقه تفهماً ويكون حسن الزى وليلبس مايليق به فان ذلك أهيب في حقه وأجمل في شكله وأدل على فضله وعقله وفي مخالفته ذلك نزول وتبذل وليلزم به السمت الحسن والسكينة والوقار ماتحفظ به مروءته فتميل الخصوم إليه ويكبر نفوس الخصوم الجراءة عليه من غير تكبر يظهره ولا إعجاب يستشعره فكلاهما شين في الدين وعيب في أخلاق المؤمنين .

ويلزم القاضي أمور منها :

أنه لا يقبل الهدية وإن كافأ عليها أضعافا إلا من خواص القرابة كالولد والوالد والعمة والخالة وبنت الأخ وشبههم لأن الهدية تورث إدلال المهدى وإغضاء المهدى إليه وفي ذلك ضرر القاضي ودخول الفساد عليه . وقيل إن الهدية تطفىء نور الحكمة .

وقال ربيعة إياك والهدية فإنها ذريعة الرشوة .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا بأس أن يقبلها من إخوانه الذين كان يعرف له قبولها منهم قبل الولاية وقد كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقبل الهدية من إخوانه .

وقيل لا يسوغ له قبولها منهم ذكره المازرى .

وأجاز أشهب قبولها من غير الخصمين إذا كان صديقاً وكافأه عليها أو قريباً .

وقال سحنون : لا يقبلها إلا من ذى رحم .

وروى عن مالك رضى الله عنه لاينبغى لأمير ولا لعامل صدقة أى ينزل على أحد من أهل عمله ولا يقبل له هدية ولا منفعة فإن فعل فلا ينبغى لمن معه أن يأكل من ذلك ولا يأكل الساعى إلا من رأس ماله .

وقال ابن حبيب : لم تختلف العلماء فى كراهية الهدية إلى السلطان الأكبر والى القضاة والعمال وجباة المال وكان النبى ﷺ يقبل الهدية وهذا من خواصه ﷺ والنبى معصوم مما يتقى على غيره منها .

ولما رد عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه الهدية قيل له كان النبى ﷺ يقبلها فقال : كانت له هدية ولنا رشوة لأنه كان ﷺ يتقرب إليه لنبوته لا لولايته ونحن يتقرب بها إلينا لولايتنا . وقال ﷺ : يأتى على الناس زمان يستحل فيه السحت بالهدية والقتل بالموعظة يقتل البرىء ليتعظ به العامة(١) .

نقض الأحكام : هناك أسباب لنقض الأحكام والطعن فيها ونكتفى بالإشارة إلى ذلك على ما قاله ابن قدامة الحنبلى فيقول ابن قدامة، أن الحكم إذا خالف نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع نقض الحكم عند أحمد والشافعى .

وعن مالك وأبى حنيفة أن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف الإجماع لأن النصوص التى دلالتها ظنية يجرى فيها الاجتهاد فلا ينقض حكمه لا نص فيه .

وقال أبو ثور وداود ينقض كل حكم ظهر خطؤه لأن الخطأ يجب الرجوع عنه .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون / ٢٣ — ٢٤ .

وقد قال سيدنا عمر بن الخطاب رضى عنه : « لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ... أن تراجع فيه الحق » .

وحكى عن مالك أنه وافقهما فى جواز نقض كل حكم خاطىء على أن يكون النقض ممن أصدره(١) .

هذا وقد تناول القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ حالات الطعن أمام محكمة النقض .

وتضمنت بعض مواد هذا القانون أسباب الطعن فى الأحكام بالنقض وهى تتلخص فى الآتى :

١ — إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفته للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله .

٢ — اذا وقع بطلان فى الحكم .

٣ — اذا وقع فى الإجراءات بطلان أثر فى الحكم .

٤ — اذا فصل حكم انتهائى فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به . راجع المواد ١ ، ٢ ، ٣ .

هل يجوز للقاضى الرجوع فى حكمه ؟ :

يقول ابن فرحون(٢) رداً على هذا السؤال : للقاضى نقض أحكام نفسه ان ظهر له الخطأ وان كان قد أصاب قول قائل .

وفى وثائق العطار : « وللقاضى الرجوع عما حكم به بالاجتهاد اذا تبين

(١) المغنى لابن قدمة ٥٦/٩ نقلا عن المدخل فى الفقه لأستاذنا د . محمد سلام مدكور ، وتبصرة الأحكام لابن فرحون ٥٥/١ و ٢٨٨ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٥٥/١ .

له الوهم مادام على خطئه فإن عزل أو مات بعد ما حكم به لم يكن لغيره فسخ شيء من أحكامه مما فيه اختلاف وإن كان وجهاً ضعيفاً » .

هذا وقد نظم القانون طرق الطعن وبين مايجوز الطعن فيه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم وما يجوز الطعن فيه أمام محكمة أخرى .

مع أن الأصل في الأحكام أن تكون حاسمة النزاع .

غير أن المشرع لما لاحظ احتمال خطأ القاضي أباح التظلم من حكمه بما يسمى طعناً في الحكم(١) .

---

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للعلامة الدكتور / محمد سلامه مدكور .

المبحث الخامس

أسباب اختلاف الأئمة

قلنا فيما سبق إن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا فيما بينهم في بعض الأحكام والفتاوى وذكرنا الأسباب التي أدت إلى هذا الخلاف هناك.

ونود هنا أن نقول إن الخلاف قد اتسع مجاله وازدادت أسبابه مع ازدهار الفقه الإسلامي ونضوجه في عصر الأئمة المجتهدين.

ومما تجب ملاحظته أن الفقهاء كانوا متفقين على أن المرجع في استنباطهم للأحكام هو كتاب الله أولا لا يقدم عليه غيره ثم من بعده السنة متى وجدت صحيحة ثم الإجماع متى تحقق وأخيراً الرأي على اختلاف أنواعه.

وعلى هذا نستطيع أن نقول إن المذاهب التي عليها جمهور المسلمين راجعة كلها إلى أصل واحد وهو دين الله الحق ومستمدة من بحر واحد وهو كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

وهذه المذاهب - سواء منها الأربعة المشهورة المدونة وغيرها من المذاهب التي لم يكن لها مثل حظها من الشهرة والتدوين - متساوية في نسبتها إلى الشريعة الإسلامية.

وإذا اتفق الفقهاء على هذه الأصول - الكتاب - السنة - الإجماع - الرأي - فاختلافهم إذاً يرجع إلى أمور أخرى وراء ذلك ونلخص تلك الأسباب فيما يلي:

أولا: اختلاف الفهم والنصوص:

كان من أسباب اختلاف الفقهاء اختلافهم في فهم النصوص سواء كانت من

القرآن أو من السنة ـ نظراً لتفاوتهم فى العلم باللغة العربية ومدى الإحاطة بأساليبها ـ وهذا الاختلاف جاء نتيجة لوجود لفظ مشترك يدل على أكثر من معنى أو لتردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

كلفظة القرء بأنه يطلق حقيقة على كل من الطهر والحيض فحمله البعض على الحيض فقال عدة ذات الإقراء ثلاث حيضات وحمله البعض على الطهر فقال عدتها ثلاث أطهار فحمله كل فقيه على المعنى الذى ترجح عنده .

وقال الثانى وهو تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز — والأصل أنه لايصار إلى المجاز إلا عند تعذر الحقيقة — فقد وجدنا الفقهاء قد اختلفوا فى فهم بعض النصوص هل يراد بها الحقيقة أو المجاز كقوله صلى الله عليه وسلم « لاصلاة لمن لايقرأ بفاتحة الكتاب فحمله الجمهور على الحقيقة فقالوا لاتصح الصلاة بقراءة غير الفاتحة وحمله الحنفية على المجاز لعدم إمكان الحقيقة فصححوا الصلاة بقراءة غيرها وقالوا إن المعنى لاصلاة كاملة إذ لو حمل على الحقيقة لكان ناسخاً للكتاب ، أى قوله تعالى « فاقرأوا ماتيسر منه » والحمل على المجاز أولى من الفسخ .

ثانياً : تعارض النصوص من حيث الظاهر :

القاعدة أنه لايوجد تعارض حقيقى بين الأدلة الشرعية لأنه من عند الله سبحانه وتعالى جاءت عن طريق الوحى بنوعيه المتلو وهو القرآن وغير المتلو وهو السنة فالجميع من عند الله تعالى .

وما يظهر لنا من تعارض بين النصين فيرجع ذلك إلى عدم علمنا بالأسباب التى يرجع إليها التعارض والخلاف . كعدم علمنا بما ورد فيه كل منهما أو لجهلنا بزمن ورودهما وأيهما أسبق من الآخر وغير ذلك .

فإذا جاء نصان وكانا متعارضين فى الظاهر حاول الفقيه التوفيق بينهما فإن

فلم يستطع رجح أحدهما على الآخر وقد يختلف الفقهاء في أسباب الترجيح فيختلفون تبعاً لهذا في حكم الحادثة .

ومن أمثلة ذلك زواج المحرم بالحج أو بالعمرة فذهب أغلب الفقهاء إلى عدم صحة ذلك وقال بصحته الحنفية ويرجع الخلاف في ذلك إلى تعارض الروايات في هذا الأمر فقد روى عثمان بن عفان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ، تزوج ميمونة بنت الحارث وهو محرم ، فقد تعارضت رواية ابن عباس مع رواية عثمان بن عفان فرجح الحنفية رواية ابن عباس وجعلوها ناسخة لما جاء في رواية عثمان لأنها متأخرة عنها إذ أن رسول ﷺ تزوج ميمونة في أخريات حياته .

ثالثاً : وصول الحديث إلى بعض الفقهاء دون البعض الآخر :

فقد يصل الحديث إلى أحدهم ولا يصل إلى الآخر وقد يصل إلى هذا من طريق غير صحيح فيتركه وقد يصل إليهما من طريق واحد ولكن أحدهما يشترط في قبول الحديث شروطاً لم يشترطها الآخر فيعمل به أحدهما ويتركه الآخر ومن أمثلة ذلك اختلاف الفقهاء في كثير الماء وقليله إذا ماأصابه نجاسة فقد ورد في ذلك حديث القلتين وهو ماروى أن رسول الله ﷺ سئل عن الماء يكون بالفلاة من الأرض وما ينوبه من السباع والدواب فقال إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً فهذا الحديث وصل إلى الشافعي ووثق بصحته فعمل به ولم يصل إلى أبي حنيفة ومالك فأفتيا على خلافه .

رابعاً : اختلافهم في الأخذ بالقياس في بناء الأحكام :

فمن الفقهاء من رفض العمل به كداود الظاهري ومنهم من أخذ به واعتبره

حجة في بناء الأحكام غير أن بعضهم قد توسع فيه ومنهم من ضيق مجال الأخذ به بكثرة ما شرطه من شروط والاختلاف في هذا الأصل هو أبرز نواحي الاختلاف كما يبدو للناظر في كتب المذاهب المختلفة وكتب الأصول .

خامساً : اختلافهم في الأخذ ببعض الأدلة كالاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب فبعض الفقهاء لا يرى الأخذ بشيء من ذلك في بناء الأحكام ومنهم من اعتبر بعضاً دون البعض الآخر ومنهم من توسع في دليل بعينه ومنهم من لم يتوسع ولا شك أن هذا يؤدي لا محالة إلى الاختلاف في كثير من الأحكام .

سادساً : اختلافهم في بعض المبادئ اللغوية التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من النصوص كاختلافهم في دلالة العام إذا لم يخصص هل هي قطعية كما ذهب أبو حنيفة أو ظنية كما يرى الشافعي وكاختلافهم في مفهوم المخالفة وهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكمه في المسكوت عنه وكاختلافهم في حمل المطلق على المقيد هل يشترط له اتحاد الحكم والسبب والحادثة أو لا وكالأمر المطلق هل يحمل على الوجوب أو الندب ؟ إلى غير ذلك من المبادئ المذكورة في علم أصول الفقه .

سابعاً : اختلاف الأعراف :

كذلك كان من سبب اختلاف الفقهاء اختلاف الأعراف تبعاً لاختلاف بيئاتهم وأزمنتهم ، ولا شك أن العرف معتبر في بناء الأحكام والأحكام ما شرعت إلا لتحقيق مصالح العباد وقد اختلفت مصالح الناس تبعاً للظروف والملابسات المحيطة بهم فاختلفت أعرافهم لذلك ، فترتب على ذلك اختلاف الفقهاء في كثير من الأحكام .

تلك جملة الأسباب التي أدت إلى اختلاف الأئمة ومنها يعلم أن اختلافهم لم يكن ناشئاً عن هوى في نفوسهم وليس الاختلاف في ذاته معيباً فقد اختلف أصحاب رسول الله ﷺ في اجتهاداتهم مع قربهم من زمن النبوة وتلقيهم الهدى عن صاحب الرسالة الذي قال « اختلاف أمتي رحمة » .

وقد حاول بعض المغرضين الذين فسدت نفوسهم الطعن في الشريعة الإسلامية والحط من قدر الفقهاء والمسلمين فوصموا أن اختلاف الفقهاء في الاجتهاد يؤدي إلى التناقض في أحكام الشريعة فقالوا إن الفقهاء يختلفون في حكم الشيء الواحد فتارة بعض الفقهاء يحكمون عليه بالحل وآخرون يحكمون عليه بالتحريم وعلى هذا يكون الشيء حراما وحلالا في آن واحد وذلك تناقض في الشريعة .

والجواب على هذا : أن هؤلاء قد غاب عنهم الفرق بين الشريعة والفقه ومن هنا فقد خلطوا خلطاً كبيراً — ولو علموه لما زعموا هذا الزعم الباطل .

فالشريعة هي مجموعة الأحكام التي أنزلها الله على رسوله صلى الله عليه وسلم وقد كملت بوفاته صلى الله عليه وسلم وانقطاع الوحي وهذه لا اختلاف في أحكامها .

وأما الفقه فهو مجموعة الأحكام العملية المستنبطة من الأدلة وهذا من صنع الفقهاء المجتهدين فالفقه الإسلامي جاء نتيجة لاجتهاد الفقهاء وتطبيقهم لنصوص الشريعة ولا شك أن الفقهاء يختلفون في الاجتهاد تبعاً لاختلافهم في الفهم والقدرة على الاستنباط والثقافة والبيئة وسعة الإدراك والوقوف على أسرار الشريعة وحكمها وغير ذلك .

إذن الشريعة غير الفقه فالشريعة لا اختلاف فيها لأنها من عند الله وقد كملت بوفاته ﷺ أما أغلب الفقه الإسلامي فقد جاء وليد اجتهاد المجتهدين واستنباط المستنبطين وقد تختلف فيه نظراً لتفاوت الفقهاء في أدوات الاجتهاد

وليس هذا بدعاً فى الفقه الاسلامى فإن التشريعات الوضعية قد وقع فيها الاختلاف نتيجة لاختلاف الشراح فى فهم النص القانونى الذى جاء على صورة أحكام كلية ولم يقل أحد إن هذا الاختلاف فى فهم تلك النصوص الوضعية ـ نظراً لتفاوتهم فى الأفهام — يعيب التشريعات الوضعية وإذا ثبت ووقع هذا فلا عيب إذن على شراح الفقه الاسلامى إذا اختلفوا فى تطبيق أحكامه الكلية(١) .

وبعد فتلك مناقشة هادئة مع هؤلاء الزاعمين الذين يريدون قلب الحقائق وتشويهها ولو أنصفوا التاريخ واعترفوا بالواقع لذهبوا إلى عكس ما يقولون وهو أن اختلاف الفقهاء أمر طبيعى لابد منه وفيه سعة ورحمة للناس وكون الشريعة جاءت فى صورة قواعد كلية ، ومبادىء وأحكام عامة ، كل هذا يجعلها مسايرة للطورات المختلفة ، مستجيبة لمصالح الناس فى كل زمان ومكان(١) .

والله أعلم

---

(١) انظر المدخل د. محمد شلبى ص ٨٠
(٢) انظر المدخل د. عيسوى ص ٢٤

القسم الثانى

دراسة بعض النظريات العامة

فى الفقه الإسلامى

١ — مقدمة .

٢ — القواعد الكلية الفقهية .

٣ — نظرية المال والملك .

٤ — العقد .

٥ — العقوبة .

مقدمة

قيل إن الفقه الإسلامي بنى الحلول الجزئية للأحكام وأنه لم يدون على هيئة نظريات أو قواعد عامة كما هو الشأن فى التشريعات الوضعية ومن هنا كانت الاستفادة منه قليلة وشاقة حيث إن أحكامه مثبوتة هنا وهناك وتجرى فى طرق صعبة ملتوية والتشريعات الوضعية وإن كانت فى بداية أمرها بنيت على الجزئيات إلا أن واضعيها والمشتغلين بها قد أرجعوا تلك الجزئيات إلى قواعد ونظريات عامة وعلى هذا فكانت دراسة سهلة مجدية .

ومع هذا فقد وجدنا فقهاء المسلمين لم يهملوا هذا الجانب بل إن الفقهاء المجتهدين فى العصور الأولى . كان (١) عمادهم فى الاستنباط فى غالب الأحوال هو القواعد العامة وكان كل فقيه من هؤلاء يتتبع النصوص الواردة فى نوع واحد من الأحكام ويستخلص منها قاعدة عامة يطبقها على الوقائع الجزئية.

حتى أن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما يروى له من الأحاديث كما يروى عن أبى حنيفة ، ثم انهم عند تطبيق هذه القواعد قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها فى موضوع معين يترتب عليه حرج ومشقة فيعدل عن هذا التطبيق ويلجأ إلى قاعدة أخرى ويطبقها ومن هنا نشأت قاعدة الاستحسان الذى عمل به الحنفية والمالكية بصورة واضحة وقاعدة رفع الحرج ودفع الحاجة عند غيرهم وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه فى عصر الأئمة(٢)

---

(١) أصول القوانين ص ١٣٢ د. السنهورى

(٢) الفقه الإسلامى محمد مصطفى شلبى

ولقد صرح بهذا الإمام (١) القرافى مشيراً إلى نوعى القواعد فى الفقه الإسلامى فقال :

« إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان أحدهما المسمى أصول الفقه وهو فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهى للتحريم ... الخ .

والقسم الثانى قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار التشريع وحكمه .

لكل قاعدة من الفروع فى الشريعة مالا يحصى ولم يذكر منها شىء فى أصول الفقه وإن كان يشار الى هناك على سبيل الإجمال ويبقى تفصيله لم يتحصل وهذه القواعد مهمة فى الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لا ندرجها فى الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب »

ومن هنا نعلم أن القرافى يريد أن يقول إن تعقيد القواعد يسهل عمل الفقيه وإن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس القرافى بهذا العمل له ميزة السبق فى استنباط القواعد — بل لقد قام

---

(١) فى كتابه الفروق

لهذا العمل من قبله الشيخ عز الدين عبدالسلام الشافعى فألف كتابا فى القواعد سماه « قواعد الأحكام فى مصالح الأنام » .

ثم تولى هذا العمل وتتابع على يد عبد الرحمن بن رجب الحنبلى فألف كتابه القواعد ثم يجىء من بعد هؤلاء التاج السبكى والجلال السيوطى الشافعيان ويؤلف كل منهما كتابه « الأشباه والنظائر » .

ثم تتابع الزمن حتى جاء فى القرن العاشر زين العابدين ابراهيم نجيم المصرى المتوفى سنة ٩٧٠ هـ وألف كتابه « الأشباه والنظائر » جمع فيه خمسا وعشرين قاعدة وجعلها نوعين قواعد أساسية وهى ستة وباقيها أقل منها اتساعا وهى تسع عشرة قاعدة .

وأخيرا يقول عالم من علماء الحنابلة وهو الشيخ محمد حسن الشطى المولود فى دمشق سنة ١٢٤٨ هـ يقول : إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة » .

هذه بعض خطوات خطاها فقهاء الشريعة فى هذا الطريق .

وعلى أية حال فإن أتهم الفقهاء بالتقصير فى هذا الميدان إلا أن ذلك كان يرجع لعوامل خارجة عن مقدور الفقهاء وهى عدم تشجيع الولاة لهم إلا فى أوقات نادرة من الزمن وأن الإهمال قد أصاب الفقه الإسلامى نتيجة الاستعمار الذى ابتليت به البلدان الإسلامية وقد تسبب عن هذا أن حلت التشريعات الوضعية محل الفقه الاسلامى وهذا عمل يضعف العزائم ويوهن الهمم .

المبحث الأول

القواعد الكلية الفقهية

معنى القواعد الفقهية

هى قياس واحد وضابط فقهى يضبط مجموعة الأحكام المتشابهة فيربطها برباط واحد مثل : الخيارات — خيار المجلس - خيار الشرط — خيار العيب — خيار الرؤية — والضمان ، فدراسة هذه القواعد من دراسة الفقه.

أهمية القواعد الفقهية :

القاعدة فى اللغة هى أساس البيت.

أما عند الفقهاء : فهى قضية كلية يتعرف منها أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعها.

أهمية القواعد الفقهية : الأحكام الفقهية متعلقة بأفعال المكلفين وأفعال المكلفين لا حصر لها ولذلك كانت مسائل الفقه وفروعه كثيرة فتعذر حصرها فى أعداد معينة ولهذا احتاج الفقهاء إلى ضبط المسائل الفقهية فى القواعد الفقهية ليسهل الرجوع اليها.

ولهذا وضعوا القواعد الكلية الخمس وفرعوا على كل قاعدة جملة قواعد اندرجت تحت مفهومها ثم تفرعت الفروع الفقهية على هذه القواعد وألحقوا بكل فرع ما يشبهه.

أدلة ثبوت القواعد

ولقد ثبت اعتبار هذه القواعد بالقرآن والسنة والمعقول أما القرآن الكريم فقوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، فالآية هنا نهت عن أى تصرف يؤدى إلى أكل الأموال بالباطل من غير وجه مشروع.

وقوله تعالى أيضاً : « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » أن الآية تنص على وجوب الوفاء بأى التزام يلزم به الإنسان بشروطه المعلومة .

وأما السنة : بقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) والأخبار فى الحديث بمعنى النهى وعليه فيكون المعنى : اتركوا كل ضرر وكل ضرار وقوله ﷺ (المسلمون عند شروطهم) .

إن المسلمين ملزمون بتنفيذ ما أخذوه على أنفسهم من عهود ومواثيق وشروط ما دام ذلك بالتراضى إلا شرطاً يحلل حراماً أو يحرم حلالا .

وأما المعقول : قال الشارع على بعض الأحكام بأوصاف مناسبة لترتيب الحكم عليها ومعنى ذلك : وجود الحكم فى كل محل وجدت فيه العلة .

فوائد القواعد الفقهية :

القواعد الفقهية وسيلة لتحقيق علوم الشريعة وشمولها للأحكام المناسبة للقواعد والحوادث التى تتجدد فى العصور والأجيال وشمولها لأحكام الأفعال التى تصدر من الناس سواء أكان الحكم إيجابا أم سلبياً فى مجالات : العبادات والمعاملات أو الحكومات أو العلاقات الدولية فيثبت بذلك عموم الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان .

القواعد الكلية العامة فى الفقه الإسلامى

قواعد الفقه كثيرة ولكن بعض الفقهاء أرجعها إلى خمس قواعد كلية لأن جميع مسائل الفقه يرجع اليها وإن كانت كل قاعدة من هذه الخمس يتفرع منها قواعد أيضاً ويتفرع على كل منها فروع ويلحق بكل فرع نظيره ، وسوف أتعرض إلى ملخص عن هذه القواعد العامة.

القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها :

ومعنى هذه القاعدة أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها فالنية هى التى

محكم على العمل وعلى حسب النية تكون المجازاة على الأعمال من ثواب أو عقاب فلا يعتبر العمل شرعا ولا يترتب عليه حكمه إلا بالنية فهى التى تحدد المراد من العمل والمقصود به وهى الميزان الذى يوزن به الأعمال وسائر تصرفات الانسان وهى المرجع فى الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرمة والصحة ، والفساد ، وكل عمل لم تصحبه نية فهو ساقط لاحساب له .

وقد روى البيهقى عن أنس رضى الله عنه لا عمل لمن لا نية له .

والأصل فى هذه القاعدة قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل مرىء ما نوى).

ما يتفرع عن هذه القاعدة

هذا ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد منها :

١ — أن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمعانى فلا بد أن يراد من الصيغ والألفاظ الخاصة بالعقود ما وضعت له تلك الصيغ ليصبح القصد إليها واعتبارها .

ويتفرع على هذه القاعدة : إنشاء العقود التى يراد بها غير ما وضعت له صيغتها كعقد النكاح الذى يقصد به التحليل . كما فى نكاح المحلل فالمحلل لم يقصد النكاح بعقد النكاح وإنما قصد التحليل فقط ولذلك استحق اللعنة واعتبر نكاح فاسد لا يحل المبتوتة .

ولقد جاءت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود فى العقود معتبرة وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده فى حله وحرمته بل إنها لتؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريماً فيصير حلالا تاره وحراما تارة أخرى

باختلاف النية والقصد . وهذا كالذبح فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجـل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله .

وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ملعون فاعله وعصره بنية أن يكون خلا جائز وصورة الفعل واحدة والرسول ﷺ يقول : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى»(١)

فكما بين فى الجملة الأولى أن العمل لا يعتبر إلا بالنية فقد بين فى الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه وهـذا يعم العبادات والمعاملات والايمان والنذور وسائر العقود والأفعال .

وهذا دليل على أن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللا ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح لأنه قد نوى ذلك . وإنمـا لكل امرىء ما نوى .

وقد ورد ما يدل على أن المقاصد كثير أحكام التصرفات بمـا رواه أبو هريرة مرفوعا . «من تزوج امرأة بصداق ينوى أن لا يؤديه إليها فهو زان . ومن دان دينا ينوى أن لا يقضيه فهو سارق ، فجعل الناكح والمدين إذا قصدا أن لا يؤديا العوض بمنزلة الزانى ، والسارق ، وإن اختلفا فى الصور ويؤيد ذلك ما رواه البخارى مرفوعا : «من أخذها يريد إتلافها أتلفه الله».

٢ — ومن القواعد المتفرعة كذلك أن مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا فى موضع واحد وهو اليمين عند القاضى أو الحاكم لأن الحالف فى هذه الحالة يستحلف فى حق عليه لغيره فتكون اليمين بنية المحلف .

---

(١) انظر بحث للشيخ محمد مبروك يوسف ص ١٤٢

٣ — ومن القواعد أيضاً : أنه لاثواب ولا عقاب إلا بالنية فيثاب الإنسان على القصد وإن لم يفعل كالمنقطع عن الجماعة لعذر إذا كانت نيته حضورها لولا العذر فإنه يحصل له ثوابها ولذلك يؤاخذ الإنسان بالعزم على المعصية وإن لم يعملها على التحقيق وقد استدل لذلك بحديث إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول فى النار قالوا يارسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال : إنه كان حريصا على قتل صاحبه ، فعلل بالحرص .

القاعدة الثانية :

اليقين لايزول بالشك .

معنى هذه القاعدة : أن الأصل واليقين لايترك حكمه بالشك ، فلو أن شخصاً تيقن أمراً وترتب على ذلك اليقين حكم ثم شك فى رافع ذلك الأمر هل حدث أم لا فإنه يبقى على حكم ماتيقن ولا يعمل بذلك الشك الطارىء الذى جعل اليقين السابق مظنوناً(١) .

والدليل على هذه القاعدة : مارواه مسلم عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدركم صلى ثلاثا أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ماستيقن) .

فالرسول صلى الله عليه وسلم بين لنا أنه يجب العمل باليقين وطرح الشك وتركه وعدم التعويل عليه .

وتجرى هذه القاعدة فى العبادات والمعاملات وغيرها ومن الأحكام التى بنيت على هذه القاعدة لو أن شخصاً ثبت مديونيته لآخر ثم مات وشككنا فى وفائه ذلك الدين فالدين باق لأنه ثبت بيقين والوفاء مشكوك فيه والشك لايقوى على اليقين .

---

(١) انظر بحث الشيخ الحسينى يوسف الشيخ ص١٤٨

ويتفرع على قاعدتين اليقين لايزول بالشك عدة قواعد :

منها : ١ — « والأصل بقاء ما كان على ما كان » .

ومثالها : من تيقن بالطهارة وشك فى الحدث : فهو متطهر ، وهذه القاعدة مرادفة لقولهم استصحاب الأصل ومعناه أن اعتقاد كون الشيء فى الماضى أو الحاضر يوجب ظن ثبوته فى الحال أو الاستقبال أو تيقن الحدث وشك فى الطهارة فهو محدث .

٢ — وقاعدة : « الأصل براءة الذمة » والذمة فى اللغة العهد والأمان وفى الاصطلاح معنى قائم بالشخص يقبل الإلزام والالتزام وبراءة الذمة خلوها من المسئولية وعدم التزامها بشيء من الحقوق .

ولما كانت براءة الذمة هى الأصل وكونها تشغل بحق الغير أمر طارىء لم يقبل ممن يدعى شغلها شاهد واحد بل لابد من شاهد آخر أو يمين المدعى .

ومثال ذلك : فلو ادعى رجل على آخر ديناً وعليه البينة فلا يكفى شاهد واحد بل لابد من شاهد معه أو يمين المدعى ، فالقول المدعى عليه لموافقته الأصل :

القاعدة الثالثة : المشقة تجلب التيسير :

معنى هذه القاعدة :

والمراد بالمشقة التى تجلب التيسير هى التى تخرج عن المعتاد فإن كان العمل المكلف به يؤدى الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه أو إلحاق ضرر بالمكلف فى نفسه أو ماله أو حال من أحواله فالمشقة هنا تكون خارجة عن المعتاد وهى التى تجلب التيسير .

فصوم المريض لاشك أن فيه مشقة تخرج عن المعتاد فلو كلف المريض

بالصوم للزم من استمرار صومه إلحاق ضرر بنفسه لذلك كان المرض سبباً للتخفيف فرخص للمريض فى ترك الصوم وعليه القضاء .

الأصل فيها والدليل عليها : ماجاء فى القرآن حيث يقول الله تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج »(١) «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(٢) .

وما جاء فى السنة منها قوله ﷺ : « بعثت بالحنيفية السمحة » .

وكل هذه النصوص وغيرها تفيد أن التكاليف التى تؤدى إلى الحرج والمشقة مرفوعة عن المكلفين وأن الشريعة وضعت للرفق والتيسير .

أسباب التخفيف فى الشريعة الإسلامية :

الأول : السفر :

فيرخص له قصر الصلاة الرباعية والفطر فى رمضان والمسح على الخفين أكثر من يوم وليلة وتسقط به صلاة الجمعة والعيدين .

الثانى . المرض :

ورخصه كثيرة منها : التيمم عند الخوف على نفسه أو على عضوه أو من زيادة مرضه أو بطئه ومنها القعود فى الصلاة والاضطجاع فيها والإيماء بالركوع والسجود والتخلف عن الجماعة مع حصول الفضيلة والفطر فى رمضان للشيخ الهرم مع وجوب الفدية والانتقال من الصوم إلى الإطعام فى كفارة الظهار والفطر فى رمضان والخروج من المعتكف والاستنابة فى الحج وفى رمى الجمار وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية والتداوى بالنجاسات وإباحة نظر الطبيب إلى المريضة حين مداواتها .

---

(١) سورة المؤمنون ١٨

(٢) سورة البقرة ١٨٥

الثالث - الإكراه

ويبيح للمكره إن حدد ما يخاف به على نفسه أو عضوه أن يتناول ما حرم عليه من المأكولات والمشروبات ورخص للمكره على الكفر أن يجرى كلمته على لسانه مع اطمئنان قلبه بالإيمان .

الرابع - النسيان :

فمن أكل أو شرب ناسياً فى نهار رمضان أتم صومه لقوله صلى الله عليه وسلم « من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإن الله أطعمه وسقاه » .

الخامس - الجهل

فجهل الوكيل بعزله عن الوكالة لا يلزمه بتصرفات الموكل فيها بل تكون للموكل حتى يعلم بعزله .

السادس - العسر وعموم البلوى :

كإباحة مس المصحف للصبيان والعفو عن دم البراغيث فى الثوب وإن كثر والعفو عن طين الشوارع ، وأثر نجاسة تعذر زواله .

السابع - النقص

فإن نوع من المشقة المؤدية للتخفيف كعدم تكليف الصبي والمجنون والأحكام الشرعية .

ما يتفرع عن هذه القاعدة من قواعد :

ويتفرع على قاعدة « المشقة تجلب التيسير » جملة قواعد منها :

١ — الضرورات تبيح المحظورات ويشهد لها قوله سبحانه وتعالى :

« فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم(١) » .

ومما يتفرع على هذه القاعدة :

١ — جواز أكل الميتة عند الضرورة وإساغة اللقمة بالخمر عند الاضطرار ويجوز إتلاف مال الغير بإلقاء بعض حمولة السفينة فى الماء إذا ما أشرفت على الغرق وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير اذنه .

ولكن هذا كله وغيره يجوز بشرط عدم نقصان الضرورة من المحظور .

٢ — الضرورات تقدر بقدرها .

٣ — الحاجة(٢) تنزل منزلة الضرورة(٣) وتفريعا على هذه القاعدة شرعت الإجارة وهى على خلاف القياس لما فيها من العقد على المنافع المعدومة لحاجة الناس إليها وشرع كذلك سلم وإن كان خلاف القياس لما فيه من بيع المعدم دفعاً لحاجة المحتاجين وجاز استئجار الحمام مع الجهل فى المكث فيه وما يستعمل فيه من ماء .

ومن فروع هذه القاعدة :

١ — أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا ما يسد به رمقه .

٢ — والطبيب يباح له النظر للأجنبية المريضة . فيما لا بد منه لمداواتها ولا يتعداه إلى غيره(٤) .

---

(١) المائدة / ٣ .

(٢) الحاجة ما يترتب على عدمها العسر والصعوبة .

(٣) الضرورة مايترتب على فقدها ضرر جسيم .

(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى / ٦٠ .
الموافقات للشاطبى / ١٢٣ .
بحث الشيخ محمد الدهمة / ١٦٧ .

القاعدة الرابعة :

لاضرر ولا ضرار .

والأصل فى هذه القاعدة : مارواه أبو سعيد الخدرى عن النبى ﷺ أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار » أخرجه الدارقطنى والبيهقى والحاكم .

معنى القاعدة :

لاضرر : أى لا يبدو الإنسان مبتدأ بالضرر الذى يصيب أخاه الإنسان بأذى فى نفسه أو ماله أو عرضه .

ولا ضرار : أى لا يدفع الضرر بضرر مثله . فالضرار مجازاة الضرر بالضرر فالضرار فعال بين اثنين كالصراع . وأما الضرر فهو ابتداء الضرر من جهة واحدة .

والخلاصة : أن الإنسان منهى عن إلحاق الضرر بأخيه الإنسان .

والنهى هنا شامل ، كما إذا كان الضرر مباشراً ، كمن يضرب إنساناً أو يسرق ماله .

وشامل كذلك لما يترتب على فعل مشروع كالوصية التى يترتب عليها الإضرار بالورثة .

وهنا ملاحظة :

قد يقول قائل كيف ينهى الحديث عن دفع الضرر بالضرر مع أن الله سبحانه وتعالى يقول : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به(١)

---

(١) النحل / ١٢٦ .

ويقول أيضاً : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

فالجواب : أن هذين النصين وأمثالها ورداً في القتال وفي العقاب، وقتال الأعداء بإذن الدولة رداً للعدوان ، والعقاب لايتولاه من وقع عليه الضرر بل ذلك ترك تقديره للقاضي وينفذه من يملك التنفيذ أما الأفراد فهم ينهون عن ذلك أي لايدفعون هم الضرر بمثله ، لأنه لو قيل بهذا لفتحنا بابا للهرج والفساد .

وقد تفرع عن هذه القاعدة جملة قواعد :

١ — الضرر يدفع بقدر الإمكان .

ومعنى هذه القاعدة : أن كل فعل ينشأ عنه ضرر يقيناً أو ظناً يمنع هذا الفعل دفعاً للضرر بقدر الإمكان ، وعلى هذا فان قاعدة سد الذرائع قائمة لتحقيق هذا المعنى — أي على دفع الضرر المتوقع — « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم

ومن ذلك أيضاً كانت العقوبات ، فإن الغرض منها هو زجر الجاني وأمثاله ممن تعودت طباعهم على المجتمع أن يأتوا بنوع الجريمة المعاقب عليها والتي وقع من أجلها العقاب .

ومن ذلك أيضاً الشفعة فانها شرعت لدفع ضرر الجوار .

ومن ذلك أيضاً الحجر على السفيه والمدين دفعاً لضرر التصرف الذي يلحق السفيه أو قرابته أو يلحق الدائن .

٣ — قاعدة الضرر يزال .

ويفرع على هذه القاعدة فروع منها الغاصب عليه رد ما إغتصبه بعينه

إن كانت قائمة وإلا أى إن هلكت أو استهلكت فعليه رد مثلها أو قيمتها ومثل ذلك السارق عليه رد المسروق بعينه أو رد قيمته أو مثله إن هلك أو استهلك .

٣ — يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام :

الأصل أن الإنسان له مطلق الحرية فى التصرفات التى تجلب له نفعاً وتدفع عنه الضرر وأنه لو منع من هذه التصرفات لأصابه الضرر .

لكن قد يحدث أن تصرفه هذا قد يلحق ضرراً عاماً يصيب المسلمين أو يصيب أية جماعة كبيرة ويغلب على الظن وقوعه .

فالحكم حينئذ أن يمنع الانسان عن هذا التصرف ويتحمل ضرره الخاص به دفعاً للضرر العام وحرصاً على المصلحة العامة .

وقد تفرع على هذا جملة فروع فقهية منها :

١ — منع التجار من البيع إذا تغالوا فى رفع الأسعار فى الوقت الذى تقل فيه السلع حيث يسعر ولى الأمر هذه السلع بمعرفة أهل الخبرة .

٢ — يمنع التجار من احتكار كل ما يحتاج إليه الناس ، ومن فعل ذلك منهم أمر الحاكم ببيعه جبراً عليه .

٣ — يمنع بائع العنب أو التمر ممن يعلم أنه يتخذه خمراً .

٤ — يمنع المالك من التصرف فى ملكه إذا كان تصرفه هذا يترتب عليه ضرر عام يلحق بالناس كمن يقيم فى ملكه فى مكان آهل بالسكان أو قريباً منه ورشة للحدادة أو مخبزاً أو مصنعاً .

٤ — الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف :

اذا كان هناك ضررين أحدهما أشد والآخر أخف فانه يتحمل فى هذه

الحالة الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد ، أى ارتـكاب أخف الضررين .

ومن فروع هذه القاعدة :

١ — حبس الإنسـان لينفق على زوجته وأولاده ووالديه لأن ضرر الحبس أخف من ضرر الامتناع عن الإنفاق .

٢ — الغاصب اذا غرس فى الأرض المغصوبة ثم أخذها المغصوب منه وكان الغاصب لو قلع شجره لحـق المغصوب منه ضرر أكبر يأخذه من الغاصب بقيمته .

والذى يدلنا على هـذا ما نقل لنا عن رسول الله ﷺ : « أن سمـرة ابن جندب كان له عذق من نخل(١) فى حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به وشق عليه فطلب إليه أن ينقله فأبى فأتى النبى ﷺ فذكر ذلك له فطلب اليه أن ينقله فأبى ، قال : فهبه له ولك كـذا وكـذا ، فأبى ، فقال ﷺ : أنت مضار ثم قال للأنصارى اذهب فاقطع نخله » .

فلما كان ضرر بقاء نخلة سمرة أشد من ضرر قلعها أجبره النبى ﷺ بالقلع إزالة للضرر الأشد بعد أن رفض حلولا أخرى ربما كانت أنفع له وعلل الحكم بالضرر .

٥ — درء المفاسد تقوم على جلب المصالح :

والمراد بالمفاسد : ما نهى عنه الشارع لما فيه من الفساد .

والمـراد بالمصلحة : ما صلح به أمر الناس بمـا أمر به الشـارع أو أذن فيه .

---

(١) نخلة فى بستان .

معنى القاعدة أنه إذا كان فعل المأمور به أو المأذون مستلزما لارتكاب أمر منهي عنه ترك هذا الفعل .

ويشهد لذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه » .

ومعنى هذا الحديث أن الواجبات الشرعية يأتي بها المكلف قدر طاقته وجهده لا يكلف الله نفسا إلا وسعها . أما المحظورات والمنهيات انهى عنها كلها ولا يأتي المكلف بأي منها إلا عند الضرورة .

وبعبارة أخرى أنه قد يتسامح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة . كالقيام في الصلاة والفطر في رمضان ولم يتسامح في الإقدام على المنهيات .

وقد انبنى على هذه القاعده فروع :

١ — الكذب مفسدة لحرمته ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز : كالكذب للاصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها .

٢ — لو أراد إنسان فتح نافذة في ملكه لكنه يعلم أنه يترتب على ذلك الاطلاع على العورات في بيت جاره فإنه يمتنع ويرام النافذة عن مستوى نظر الواقف .

وعلى هذا كله إذا كانت المفسدة راجحة أما إذا كانت المفسدة تافهة بالنظر إلى المصلحة المرجوة المترتبة على الفعل قدمت المصلحة كمعالجة الطبيب التي تستلزم الاطلاع على بعض العورة إذا كانت المعالجة مضطرا إليها (١) .

٦ — الضرر لا يزال بالضرر .

معنى القاعدة : أن الضرر يزال لكن لا يترتب على إزالته ضرر آخر .

---

(١) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢ — ٩٧

وإلا فلا معنى للضرر يزول وهى القاعدة الأصل فالضرر يزال لكن بلا ضرر .

ومن فروع هذه القاعدة :

١ — لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر.

٢ — ولو وقع دينار فى جرة ولم يخرج إلا بكسرها . كسرت وعلى صاحبه الأرش .

٧ — الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها .

وقد تفرع على هذه القاعدة جملة فروع منها : يجوز أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر .

١ — يجوز للمضطر أن يأكل الميتة إذا تعينت ولم يجد غيرها.

٢ — ويجوز للعطشان أن يشرب الخمر لإزالة العطش عند الضرورة بأن أسرف على الهلاك وكان فى الصحراء ولا ماء ووجد الخمر .

٣ — ولو وجد بلدا عم فيه الحرام وندر فيه الحلال جاز للفرد أن يستعمل ما يحتاج اليه للضرورة .

أما قولنا بشرط عدم نقصانها ليخرج ما لو أكره على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه لما بينهما ون المفسدة التى تقابل ضغط مهجة المكره أو تزيد عليها (١)

القاعدة الخامسة : العادة محكمة .

وسبق الكلام عليها فى العرف كمصدر من مصادر التشريع فنكتفى بما قلناه هناك فارجع اليه (٢) والله أعلم .

---

(١) راجع فى هذه القاعدة الأصل الضرر يزال : بحث الأستاذ الدكتور أحمد فهمى أبو سنة فى مدخل الفقه الإسلامى ص ١٥٢ وما بعدها والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٢ — ٩٧

المبحث الثاني

الحق

قلنا فيما سبق إن موضوع علم الفقه هو التكليفات الإسلامية (أى فعل المكلف) سواء أكان هذا التكليف طلب فعل أو الكف عن فعل أو التخيير بين الفعل والترك . فالتكليفات الإسلامية منها ما هو مطلوب فعله ومنها ما هو مطلوب تركه ومنها ما هو متروك لحرية المكلف وهذا كله يعرف تحت مفهوم التكليفات الشرعية أو الحقوق والواجبات فى الإسلام .

فما هو الحق والواجب عند الفقهاء :

والحق عند الفقهاء هو : مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها المشرع الإسلامى : أو الحكم الذى قرره الشارع(١)

ويعرف رجال القانون الحق : بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون (٢) وأنت ترى أن تعريف الشرعيين والقانونيين متقاربان .

وللحق اطلاقات مختلفة عند الفقهاء فكلمة حقوق تطلق عند الفقهاء ويراد منها الحقوق الخاصة بمرافق العقار كحق الجوار والمسيل والشرب أو يريدون منها ما يشمل كل حق فيشمل الملك سواء أكان نقد أم منقولا أم عقاراً

---

(١) حاشية المنار لابن ملك ص ٨٨٥

(٢) مصادر الحق للسنهورى جـ ١ ص ٤

ويطلقونه أحياناً ويريدون منه ما يتبع العقد من التزامات كالتزام بتسليم المبيع وأداء الثمن .

أقسام الحق : والحق باعتبار صاحبه ينقسم إلى ثلاثة أقسام حق الله وحق الإنسان وما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى وحق الإنسان .

١ — حق الله تعالى :

والمراد بحق الله تعالى ما يتعلق به النفع العـــام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد ، وإضافته إلى الله تعالى لتعظيم خطره .

فحق الله . هو أمر الله ونهيه والحقوق العامة فى الإسـلام إما أن تكون إيجابية كالعبادات الإسلامية (كالصلاة والصوم) أو سلبية ويشمل هذا كل منهى عنه كجرائم الحدود الإسلامية (كالزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف والحرابة والردة والبغى)

ويقصد من هذه الحقوق العامة سواء أكانت إيجابية أوسلبية حمـــاية المجتمع على سواء وهذا هو معنى عموميتها .

ونظير ذلك فى القوانين الوضعية القواعد المتعلقة بالنظام العـام والآداب التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

وقد حصر العلماء حقوق الله تعالى فى هذه الأنواع الآتية :

أولا : عبادات خالصة كالإيمان وفروعه كالصلاة والزكاة وغيرهما من الفرائض وإنما كانت فروعاً للإيمان لأنهـا لا تصح بدونه وهو صحيح بدونها .

ثانياً : عبادات فيها معنى المؤنة : كصدقة الفطر فهى عبادة من حيث أنها تؤدى تقربا إلى الله تعالى وعظيما له ،

ومؤنة لأنها تجب على الإنسان بسبب الغير فأنت تخرج زكاة الفطر عن نفسك وعمن تلزمك نفقتهم .

ثالثاً : مؤنة فيها معنى العبادة : كالعشر ونصف العشر الواجبين زكاة فيما تنبته الأرض من الزروع والثمار .

فالعشر مؤنة لأنه ينفق منه على المجاهدين الذين يحمون الأوطان .

وأما كونه عبادة ، فلأن المزكى يدفع العشر أو نصفه امتثالا لأمر الله .

رابعاً : مؤنة فيها العقوبة : كالخراج الذى يؤخذ كضريبة على الأرض الخراجية .

وإنما كان الخراج مؤنة لأن به دوام الأرض فى يد أصحابها ولأنه ينفق على حماية هذه الأراضى والدفاع عنها .

وعقوبة إذا كان فى هذا معنى العقوبة لأن المشتغلين بزراعة الأرض قد انقطعوا عن شرف الجهاد فى سبيل الله بسببها فلذلك عوقبوا بدفع الخراج لما فيه من الذلة والصغار .

خامساً : عقوبات خالصة أى محضة كالحدود وإنما اعتبرت الحدود عقوبات خالصة أى لم يشوبها نقص لترتبها على جنايات كاملة عن نقص شائبة الإباحة .

سادساً : عقوبات قاصرة كحرمان القاتل من الميراث زجرا واعتبرت هذه العقوبة قاصرة . لأن القاتل فى الواقع لم يلحقه ألم ببدنه ولا نقصان فى ماله بهذه العقوبة . كل ما هناك أنه منع من تملك مال جديد فى تركة مورثه .

سابعاً : حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة ، كالكفارات (كفارة اليمين وكفارة القتل ، كفارة الصوم ، كفارة الظهار)

أن ما فيها معنى العبادة فلانها تؤدى بما هو عبادة محضة كالصوم والإعتاق وأما أن فيها معنى العقوبة فلانها لم تجب ابتداء بل وجبت أجزية على أفعال توجد من العباد ويكون فيها معنى الخطر .

ثامناً : حق قائم بنفسه أى ثابت لله تعالى بحكم ربوبيته كخمس الغنائم . أى المال الذى يؤخذ من الكفار نتيجة حرب ويأخذ الخمس من كان خليفة الله فى أرضه وهو السلطان لأنه نائب الشرع .

أما الباقى وهو أربعة أخماس فيعطى للغانمين تشجيعاً لهم على القتال فالله تعالى تفضل بهذا عليهم لأنهم باعوا أنفسهم رخيصة فى سبيل الله .

وكذلك الخمس الواجب فى الركاز كما بينا سابقاً لها موضعه ، يعتبر حقاً لله تعالى قائماً بنفسه يصرف إلى مستحقيه .

ما الذى يترتب على ثبوت هذه الحقوق لله ؟

ومعنى كون هذه الحقوق ثابتة لله تعالى .

أولا : أنه لا يجوز إسقاطها بأى حال من الأحوال مطلقاً فهى غير قابلة للسقوط فلا يجوز لأحد كائنا من كان أن يبيح جريمة الزنا لنفسه أو ليسقط الحد عنه ويشير إلى هذا قوله ﷺ (من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد حاد الله فى حكمه)

ثانياً . إن الناس جميعاً لهم حق المطالبة بهذا الحق والدفاع عنه ومقاضاة كل من أخل بشىء من هذا الحق والشهادة عليه والمطالبة به صيانة لهذه الحقوق ومحافظة عليها ولهذا كانت مشروعية الحسبة فى الإسلام .

٢ — حقوق العباد : (أو حقوق الإنسان الخالصة)

وهى الحقوق التى تتناول كل ما شرع الله سبحانه وتعالى لمصلحة الفرد ومنفعته الدنيوية .

١ — وقد تكون حقوقاً عامة وهى التى لا تتعلق بفرد بعينه بل هى التى يترتب عليها مصالح عامة لكل أفراد المجتمع . كالمرافق العــامة فى الدولة ووسائل النقل والمواصلات . فلكل فرد من أفراد المجتمع أن ينتفع بهذه المنافع طبقاً للقواعد العامة التى تنظم ذلك الانتفاع .

ومعنى أن هذه الحقوق عامة : أن الانتفاع بها ثابت على سبيل الشركة بين الأفراد جميعهم . كما أن الدفاع عن هذه الحقوق وصيانتها من مسئولية المجتمع كله . وولى الأمر نائب عن المجتمع فى ذلك .

٢ — وقد تكون حقوقاً خاصة . وهى التى يترتب عليها مصلحة خاصة بفرد أو أفراد معينين . كحقوق الملكية الخاصة فلصاحب الملك أن يتصرف فيه كما يشاء بإرادته المنفردة فله أن يبيعه أو يرهنه أو يهبه أو يؤجره فى ضوء القواعد والحدود الشرعية التى تنظم تلك المعاملات .

كما يجوز للدائن كله أو بعضه أن يسقط الدين عن المدين .

٣ — الحقوق المشتركة بين الله وعباده :

وهذه الحقوق تتنوع إلى نوعين :

الأول : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف

فحق الله فيه : هو الزجر الذى يعود نفعه على المجتمع كله

وحق العبد فيه . هو صيانة عرضه من الأذى ودفع العار عنه .

وقد غلب الفقهاء هنا حق الله على حق العبد لأن حق الانسان فى صيانة عرضه يحرص عليه الشارع وهو الله سبحانه وتعالى حماية لكل المجتمع وقد تولى الله تشريع العقوبة التى تمنع الخوض فى أعراض الناس فيقول الله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئــــك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك

وأصلحوا فان الله غفور رحيم »

ومعنى تغليب الحق هنا لله أن هذا الحق لا يقبل التغيير ولا الاسقاط وهذا ما جرى عليه أغلب الفقهاء .

النوع الثانى : ما اجتمع فيه الحقان (حق الله وحق العبد) وحق العبد غالب كالقصاص فى النفس وما دونها .

فان حق الله سبحانه وتعالى فيه . هو المنع من ارتكاب جريمة القتل والجرح والاعتداء على النفس بأى نوع من أنواع الأذى الذى يتضرر منه الانسان ويشهد لذلك قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون) ، لأن الله قد شرعه للزجر وإخلاء العالم من الفساد .

أما حق العبد فيه : فهو تشفى الورثة لدم القتيل وتعويضه عما فات من الانتفاع بحياة مورثهم فى حالة التعدى بالقتل وتشفى النفس المعتدى عليها عند أخذه بحقه من المعتدى بمثل ما أصابه من الضرر ؛ قال تعالى : (وجزاء سيئة سيئة مثلها) .

وإنما كان حق العبد هنا هو الغالب . لأن استيفاءه يتوقف على طلب صاحب الحق أو ولى الدم ودعوته .

ويجوز لصاحب الحق التنازل عن القصاص ، مجاناً أو ببدل كالدية ونحوها وليس معنى ذلك أن العقوبة تسقط عن الجانى مطلقاً لا فإن حق المجتمع قائم ويمثله الإمام وله تعزير الجانى حماية لحق المجتمع (١) .

---

(١) شرح المنار وحواشيه لابن ملك/٨٨٥ انظر مبحث الحق والواجبات لجماعة من كلية الشريعة والقانون على رأسهم : د رأفت عثمان ، د . نصر فريد واصل ١/٢ .

المبحث الثالث

نظرية المال والملك

المال وأقسامه :

١ - تعريف المال : خلق الله الإنسان على نحو لا يستطيع به أن يعيش وحده مكتفياً بنفسه بل لابد له من أن يعيش فى مجتمع يفيد منه ويستفيد ويتأثر به ويؤثر فيه .

وإذا كان الأمر كذلك كان لابد من أن تكون معاملات وتصرفات تجرى بين أفراد المجتمع كبيراً كان هذا المجتمع أو صغيرا وهذه المعاملات موضوعها فى الغالب المال كما فى البيع والاجارة والوصية ونحوها .

لذا دعت الضرورة إلى التعريف به

فالمال هو : كل ما يمكن حيازته والإنتفاع به على وجه معتاد .

وعلى هذا فلا يكون الشيء مالا إلا إذا توافر فيه أمران إمكان حيازته وإمكان الانتفاع به على وجه معتاد .

فما حيز من الأشياء وانتفع به فعلا يعد من الأموال كجميع الأشياء التى نملكها من أرض ومتاع وما لم يحز منها ولم ينتفع به فإن كان فى الإمكان أن يتحقق فيه ذلك عد من الأموال كالمباحات من الأعيان كالسمك فى البحر والطير فى الهواء فإن الإستيلاء عليه والانتفاع به على الوجه المعتاد أمران ميسوران .

أما ما ليس فى الأمكان حيازته فلا يعد مالا - وإن انتفع به - كضوء الشمس وحرارتها .

وكذلك ما لا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعد مالا — وإن أحرز فعلا — كحفنة من تراب ونملة لأن المال تزول عنه ماليته إذا قل حتى صار لا ينتفع به انتفاعا معتادا كحبة من الأرز فإنه لا يمكن الانتفاع بها وحدها على وجه معتاد .

٢ — هل المنفعة مال

بناء على التعريف السابق للمال من أنه لابد من إحرازه وحيازته لا يكون المال إلا مادة وعلى هذا فلا تكون المنفعة مالا لأنها ليست مادة ولا يمكن حيازتها وحدها .

ويترتب على ذلك أن منافع الأعيان كسكنى الدار وركوب السيارات لا تعد مالا ومثلها في ذلك الحقوق كحقوق الحضانة وحق الولاية وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

وقال الشافعية والمالكية والحنابلة إن المنافع أموال لأن المال عندهم لا يشترط فيه إمكان إحرازه بنفسه بل يكفي أن تمكن حيازته بحيازة أصله ومصدره ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محلها ومصادرها فإن من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه وهكذا .

وهذا الرأي هو الأليق والذي يتفق مع أغراض الناس ومعاملاتهم :
وصار على هذا النحو علماء التشريع الوضعي فاعتبروا المنافع أموالا وعلى هذا فحقوق المؤلفين وأمثالها مالا فالمال عند علماء التشريع الوضعي أعم من المال عند الفقهاء .

٣ — أقسام المال :

والمال له تقسيمات مختلفة ولكل منها مقوماته وخواصه فمن المال عقار ومنقول ومنه المثلي والقيمي ومنه متقوم أو غير متقوم .

٤ — العقار هو الثابت الذى لا يمكن نقله والمنقول ما أمكن تحويله من مكان إلى آخر والأول هو الأرض والثانى كل عليها من زرع وشجر وبناء وحيوان على أن مالكا رحمه الله يجعل البناء والشجر من العقار لأن المنقول فى رأيه هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التى كان عليها وغير ذلك هو العقار ولا ريب أن البناء بعد هدمه يصير أنقاضاً كما يصير الشجر أخشاباً وهذا هو الرأى الذى يتفق مع القانون المدنى الجديد(١) .

وفائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول تظهر فيما يأتى :

١ — العقار يصح أخذه بالشفعة دون المنقول إلا على رأى بعض الفقهاء وإلا إذا بيع المنقول تبعاً للعقار .

٢ — ليس للوصى بيع ما يملك القاصر من عقار إلا بسبب يجيز له ذلك كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية ولكن له أن يبيع من المنقول ما يرى المصلحة فى بيعه .

٣ — لا خلاف فى جواز وقف العقار وفى صحة وقف المنقول خلاف وتفصيل .

٤ — يجوز بيع العقار قبل قبضه بخلاف المنقول .

٥ — يباع ما يملك المدين من منقول أولا لوفاء دينه ثم العقار إذا لم يكف المنقول .

٦ — وفى القانون المدنى لا تنتقل ملكية العقار إلا بالتسجيل والرهن التأمينى وحق الاختصاص لا يكونان إلا فى العقار .

٧ — والمال المثلى هو ماله نظير فى السوق بلا تفاوت أو بتفاوت يسير يتساهل فيه التجار مثل المكيلات والموزونات والمعدودات .

---

(١) راجع الأموال : إسماعيل غانم ص ٢٧

والمال القيمي هو مالا نجد له مثيلا فى الأسواق أو يوجد ولكن مع تفاوت كبير يعتد به فى التجارة والمعاملات كالأراضى والدور والحيوانات والأشجار والثياب .

فائدة هذا التقسيم :

١ — إذا تعدى إنسان على مال مثلى لآخر يكون عليه مثل ما أتلف حتى يكون التعويض على أكمل وجه أما فى القيمي فيضمن قيمته مادام لا مثيل له.

٢ — تدخل القسمة جبراً فى المال المثلى المشترك وليس كذلك فى المال القيمى

٣ — يصح فى البيع أن يكون المثلى ثمناً لأنه متعين تماماً كما يصح طبعاً أن يكون مبيعاً أما القيمى فلا يصح أن يكون ثمناً .

٤ — المال المتقوم وهو ما كان محرزاً فعلا ويجوز الانتفاع به فى حالة الاختيار وذلك مثل العقارات والمنقولات والمطعومات على اختلاف أنواعها إلا ما كان محرماً منها .

وغير المتقوم هو ما لم يحرز بالفعل أو كان لا يباح الانتفاع به إلا فى حالة الاضطرار . والأول مثل السمك فى الماء والطير فى الهواء والثانى كالخمر والخنزير بالنسبة لغيره فهما من الأموال المتقومة(١) .

ما فائدة هذا التقسيم :

١ — المال المتقوم يضمن من يتلفه لمالكه مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيميا فى حين لا يضمن شيئا إن كان غير متقوم .

فلو أراق أحد خمراً لمسلم لا يضمن شيئاً بما صنع بل حسناً مافعل ولكن.

---

(١) يعبر رجال القانون عن الأموال غير المتقومة :بأنها الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون م٨٩ / ٢

وهذا مما يجعل الأمر يختلف فى التطبيق فالخمر مثلا مال غير متقوم فلا تصلح محلا للقانون شرعاً وتصلح قانوناً .

الخمر لو كانت لغير المسلم ضمن ما أتلف لأنها مال تقوم عندهم فى رأى جمهور الفقهاء .

٢ — المال المتقوم يرد عليه البيع والهبة والوصية وسائر المفاوضات المالية . وغير المتقوم لا يصلح أن يكون محلا للبيع ونحوه وإذا بيع كان العقد باطلا .

ثانيا — الملك وأقسامه

تعريفه :

٧ — الملك هو اختصاص يمكن صاحبه شرعا من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعى .

فإذا ما حاز عينا من الأعيان واختص بها كان له شرعا أن ينفرد بالتصرف فيها بالبيع ونحوه وأن ينفرد بالانتفاع إما بنفسه وإما بواسطة غيره عن طريق الإجارة أو الإعارة أو غيرهما .

ومن هذا فالقيم على المجنون أو السفيه أو الوكيل . لا يعتبر أحد منهم مالكا لما يتصرف فيه بهذه الصفة من الأموال لأنه ليس لأحد منهم أن يتصرف فيما تحت يده إلا بصفته المذكورة كما ليس لأحدهم الانتفاع به لنفسه على حين يعتبر كل من المجنون والقاصر والسفيه مالكا ما دام له حق الاستقلال فى التصرف والانتفاع لولا المانع الشرعى من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره .

٨ — تقسيم المال بالنسبة للملكية .

وينقسم المال من حيث جواز التملك وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

١ — مالا يجوز تمليكه ولا تملكه بحال كالأراضى والمنشآت العامة

كالمواصلات العامة والطرق وغير ذلك فهذه كلها أموال عامة لا يجوز لأحد أن يتملكها .

٢ — مالا يجوز ذلك فيه إلا بسبب شرعى كالأراضى الموقوفة وأملاك بيت المال (وزارة المالية الآن) .

فى الوقف لا يجوز تملك بعض أعيانه إلا اذا رأت المحكمة حل الوقف أو استبدال شيء منه .

وفى أملاك بيت المال لا يصح تملك شيء منها إلا إذا رأى ذلك وحينئذ تزول عنها صفة تخصيصها للمنافع العامة .

٣ — ما يجوز تمليكه وتملكه دائماً فى كل حال وهو عدا ما تقدم مما علكه الأفراد والجماعات .

هذا وملك الشيء قد يقع على الشيء ذاته وعلى منفعته معاً وقد يقع فقط على المنفعة وحدها فالمالك لقطعة من الأرض يملكها ويملك منافعها فله أن يزرع الأرض أو يبنى عليها أو يؤجرها .

٩ — أنواع الملك : ينقسم الملك الى قسمين : ملك تام ، وملك ناقص فيكون تاماً اذا كان شاملا للعين ومنفعتها جميعاً أى لرقبة الشيء المملوك مادته وذاته ، ولمنافعه كذلك .

ويكون ناقصاً اذا كان مقصوراً على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها

الملك التام :

عرفنا أن الملك التام ما كان فى الرقبة والمنفعة معاً ولهذا النوع خصائص ليست الملك الناقص كما أن له أسبابا يثبت بها .

فأما خصائص هذا النوع من الملك فهى :

١ — أن المالك له أن يتصرف فى العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة

من بيع وهبة وايجار وإعارة ووقف ووصية وغيرها من التصرفات المشروعة والتي لا يترتب عليها إلحاق ضرر بالغير .

٢ — أن المالك له حق الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدود ولا بمكان معين ما لم يكن ذلك محرماً شرعاً ، وأن يتخذ من داره مأوى للصوص أو تجار المخدرات .

٣ — أن هذا الملك له زمن معين ينتهي بانتهائه لانه لا يقبل التقييد بالزمان والمكان ولا ينتهي هذا الملك الا بانتقاله للغير بتصرف شرعي ناقل للملكية أو بالميراث اذا مات المالك أو بهلاك الشيء المملوك .

٤ — أن المالك اذا أتلف الشيء لا يجب عليه ضمانه لان الضمان حينئذ يكون عبثاً وليس معنى هذا أنه يباح للمالك أن يتلف ماله ويعفى من المؤاخذة بل قد يستحق المؤاخذة اذا كان الشيء المملوك حيواناً فقتله عمداً أو بسبب الإساءة في استعماله وقد يحجر عليه اذا ثبت سفهه فيمنع من التصرف في ماله ويتولاه عنه غيره .

١٠ — وأما أسبابه فهي :

١ — الاستيلاء على المال الذي لا مالك له .
٢ — العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية ونحوها .
٣ — الخلفية وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه وهي تتحقق بالإرث
٤ — الشفعة وهي حق تملك العقار المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

وهذا هو رأي المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم يجعلون الشفعة سبباً مستقلا بثبوت الملك التام بناء على ان الملك فيها يثبت بطلب الشفيع الشفعة ولو لم يدفع الثمن عند بعضهم .

هذه هي أسباب الملك التام في الفقه الاسلامي . أما التشريع الوضعي(١) فقد جعل أسباب كسب الملكية :

١ — الاستيلاء على مال ليس له مالك .

٢ — الميراث وتصفية التركة .

٣ — الوصية .

٤ — الالتصاق .

٥ — العقد .

٦ — الحيازة .

٧ — الشفعة .

وهذه الأسباب تتفق في جملتها مع الأسباب التي ذكرها الفقهاء .

وسوف نتكلم عن بعض هذه الأسباب بشيء من الإيجاز .

١٢ — الاستيلاء على المباح :

يمتاز هذا السبب بثلاثة أمور :

الأول أنه منشيء للملكية فيوجدها بعد أن لم تكن فالمشترى لشيء يملكه بعد أن كان مملوكا لغيره وهو البائع .

في حين أن من يضع يده على شيء مبـــاح يصير مالكا له وما كان مملوكا لأحد قبله .

---

(١) القانون المدني الجديد راجع المواد ٩٦٧ إلى ٩٧٠

الثانى : أنه مختص بالأموال(١) المباحة أى فيما لم يكن مملوكا لأحد فمن وضع يده مدة مهما طالت على مال مملوك لغيره لا يصير مملوكا شرعاً له بحال.

الثالث : أنه سبب فعلى لا قولى فكل من يصدر عنه يعتبر مالكا لما وضع يده ولو كان غير أهل للالتزام والتعاقد كالصبى والمجنون فلو استولى أحد من هؤلاء وأمثالهم على شىء مباح صار مالكا له .

١٣ — وهذا السبب يشمل هذه الصور :

١ — إحياء الموات .

٢ — الاصطياد ونحوه .

٣ — الاستيلاء على المعادن والكنوز .

١٤ — إحياء الموات : الموات ما ليس مملوكا من الأرضين ولا ينتفع بها لسبب من الأسباب كانقطاع الماء عنها وتكون خارجة عن البلد .

وقد شرط الامام الطحاوى فى اعتبار الأرض مواتاً ألا تكون خارج البلد فقط بل أن تكون بعيداً عنها وهذا البعد قدره الامام أبو يوسف بنحو ثلثمائة ذراع إلى أربعمائة .

ومن أحيا أرضاً ميتة فهى له بشرط أن يأذن له الإمام فى الإحياء لقول الرسول ﷺ : ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه(٢)

---

(١) الأموال المباحة : جميع ما خلقه الله سبحانه وتعالى لينتفع به الناس أجمعون مما لم يحزه أحد . كالأشجار التى تنبت فى الصحراء والجبال وهكذا.
(٢) مختصر الطحاوى ص ١٢٤.

ولا بد أن يتم ذلك فى مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات يحتجزها لهذا الغرض فإن أحياها فى هذه المدة ملكها وإلا أخذها الإمام منه وأعطاها لغيره ليعمل على إحيائها وفى هذا منفعة للمحى وللأمة جميعاً

وعمل من أخذ الأرض الموات أولا لإحيائها يسمى فى عرف الفقهاء بالتحجير والأصل فى إجازته وفى تحديده بثلاث سنوات قول عمر « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق »(١)

وسمى هذا المعنى بالتحجير — كما جاء فى فتح القدير . لأن التحجير لغة هو الإعلام وهذا الإعلام كما يكون بوضع الأحجار حولها والحديد يكون بأمور أخرى مثل الغراس أو حفر بئر فيها أو تسويرها بأى شكل كان(٢)

والإحياء يكون بجعل الأرض منتفعاً بها أى بجعلها حية تنتج بعد أن كانت ميتة بجريان الماء إليها وشق الجداول والزرع فيها وكل ما يعده العرف طريقاً للإحياء جاء فى كتاب الأموال : أن عمر بن عبد العزيز أجاز الإحياء ببنيان أو حرث (٣)

١٥ — الاصطياد وحكمه والصيد سبب من أسباب الملكية لأنه وضع اليد على شىء مباح غير مملوك لأحد وهو يتم بالاستيلاء الفعلى على المصيد أو بفعل يعجز الطير أو الحيوان عن الفرار وهذا يسمى استيلاء حكمياً وكل هذا يكون بالآلات المعدة للصيد كالشباك والسلاح أو بعض الحيوانات المدربة على الصيد مثل الكلاب وسائر الجوارح المعلمة .

---

(١) الأموال لأبى عبيد ٢٩٠
(٢) ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٨٧
(٣) كتاب الخراج ليحيى بن آدم ص ٨٤

والصيد حلال للانسان فى كل حال إلا إذا كان محرما أو كان الطير أو الحيوان للصيد فى الحرم (١)

وفى حال الصيد يقول الله تعالى « أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم » « وإذا حللتم فاصطادوا » « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما »

ومن هذه الآيات نرى التفرقة واضحة بين صيد البحر وصيد البر فالأول حلال دائما والثانى حلال فى غير الحرم وفى غير وقت الإحرام بالحج والعمرة

وتجرى هذه القاعدة أيضاً — وهى أن كل من سبق ووضع يده على شىء مباح صار مالكا له — على الكلأ أو الحشيش الذى ينبت فى الأرض ولو كانت مملوكة لبعض الناس دون أن يتكلف له أحد شيئاً من الزرع أو السقى أو العناية مباح للناس جميعاً ولكن أن يأخذ منه حاجته وعلى صاحب الأرض إن لم يجد المحتاج لهذه الحشائش حاجته فى موضع آخر غير مملوك لأحد أن يأذن له بدخول أرضه أو أن يحتشه له بنفسه ويدفعه له كما هى الحال فى ماء الآبار والعيون والحياض المملوكة (٢) هذا وحكم أشجار الصحارى والجبال والغابات أو الآجام (٣) يكاد يكون حكم الكلأ أو الحشائش فى حلته وتفصيله فذلك كله مباح إن كان فى أرض لا يملكها أحد .

أما الغابات والآجام فى أرض يملكها بعض الناس فهى ملك له فليس لأحد أخذ شىء منها إلا بإذنه كما له أن يبيع ما يريد من أخشابها وأحطابها لأن صاحب الأرض قصد ذلك من تخصيص الأرض لها

---

(١) الحرم منطقة تشمل مكة المكرمة إلى حدود معروفة فى كتب الفقه

(٢) البدائع جـ ٦ ص ١٩٣ وما بعدها .

(٣) الآجام : اسم للغابات وهى الأشجار الغليظة .

١٦ ــ الاستيلاء على المعادن والكنوز .

ونقصد بذلك الثروة التي في جوف الأرض فلا تظهر إلا بالكشف والبحث والتنقيب عنها من المعادن وغير ذلك .

ويجب أن نفرق أولا بين المعادن وبين الركاز والكنز .

١ ــ المعادن هي على ما يرى بعض الباحثين ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة كالذهب والفضة والنحاس والحديد ونحوه .

٢ ــ أما الركاز فهو المال المدفون في باطن الأرض بفعل أصحابه الأولين ذاهبين أو على أثر حادث من حوادث الطبيعة ــ زلزال مثلا ــ يؤدي إلى طمر ما في باطن الأرض بما فيها من ثروات مختلفة وقد يسمى أيضاً بالكنز .

وقد ذكر العلماء في الركاز (١) أقوالا مختلفة فيقول العراقيون إنه المعدن والمال المدفون كلاهما ويقول الحجازيون إنه المال المدفون خاصة ثم ينتهي الرأي عندهم إلى أنه هو المعدن ولكن الحق هو التفرقة كما ذكرنا وعلى هذا يجري أغلب الفقهاء .

فالزيلعي (٢) يبدأ باب الركاز هكذا : « وهو اسم لما يكون تحت الأرض خلقة أو بدفن العباد والمعدن اسم لما يكون فيها خلقة والكنز اسم لمدفون العباد ومعنى هذا أن الركاز يشمل المعدن والكنز وأن المعدن والكنز كليهما أخص من الركاز .

---

(١) كتاب الأموال لابن سلام ص ٣٣٨ — ٣٤٩

(٢) تبيين الحقائق ج ١ ص ٢٨٧ ، ٨٨

أنواع المعادن

١ — ما يقبل الطرق والسحب فتعمل منه صفائح وأسلاك ونحوها كالذهب والفضة والنحاس والرصاص .

٢ — ما لا يقبل ذلك وهو مع هذا صلب كالماس والياقوت .

٣ — المعادن السائلة كالنفط أى البترول والزيوت المدنية .

حكم تملك هذه المعادن :

سلك العلماء فى هذا (١) مسالك شتى إلا أننا سوف نقتصر على ما قاله المالكية لأنه يتفق مع الصالح العام للناس جميعاً فهم يرون أن ما يوجد من المعادن على عمومها يكون للامام يقطعه لمن يشاء من المسلمين انتفاعاً لا تمليكاً أو يجعله فى بيت المال حتى لا يختص بشىء منها من وجدت فى أرضه .

أما الركاز ففيه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة أو لمالك الأرض (٢)

ومن أراد أن يستزيد بمعرفة آراء المذاهب الفقهية فليرجع إليها فإنها مودعة فى بطون كتب الفقه (٣)

١٧ — الأسباب الناقلة للملكية :

من الأسباب الناقلة للملكية العقود وهى كثيرة منها البيع والهبة والصدقة

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٦٦ ؛ المغنى لابن قدامة ص ٥٢٠ — ٥٢٤ نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٥٣

(٢) الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوى عليه المسماة بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ١ ص ٢٥٩

(٣) المراجع السابقة .

والوصية والصلح والزواج إذا كان المهر عيناً من الأعيان والطلاق على مال .ولا يعتبر هذا السبب ناقلا للملكية إلا إذا كان مالا متقوما فلا يكون فى المباح من الأموال و لا فيما لايجوز الانتفاع به شرعا أى فالخمر والخنزير خارجان عن دائرة التعامل بين المسلمين ، ونشير إلى بعض العقود على سبيل التمثيل.

١ — الوصية : فمن يوصى مثلا بسيارته للإسعاف أو بعمارته لتكون مستشفى بعد وفاته أو قطعة من الأرض لطلبة الجامعة ثم يموت الموصى مصراً على الوصية ويقبل الموصى لهم يكون الشىء الموصى به ملكا لهم متى كان لايزيد على ثلث التركة أو كان يزيد ورضى الورثة بالوصية .

٢ — عقد الزواج: فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك بمائة وخمسين جنيهاً فقبلت المرأة فإنه بمقتضى هذا العقد تنتقل ملكية هذا المهر — وهو المائة والخمسون جنيهاً — إلى المرأة — بعد أن كانت هذه النقود ملكا للزوج .

٣ — عقد الهبة : فمن يهب سيارة لصديقه ويقبل الصديق الهبة فإن ملكية السيارة الموهوبة تنتقل إلى الصديق الموهوب له بمجرد تسلمه السيارة وتصبح ملكا له بعد أن كانت ملكاً لصاحبها .

٤ — الخلع وهو الطلاق على مال : كأن تقول المرأة لزوجها طلقنى نظير عمارتى هذه فيجيبها الزوج بقوله طلقتك على ذلك فإن هذه العمارة تصبح ملكا للزوج بعد أن كانت ملكاً الزوجة .

١٨ — الميراث :

هو من الأسباب الناقلة للملكية تركة الميت إلى ورثته دون حاجة لعقد أو قبول منهم فالوارث يحل محل مورثه فيما تركه من مال أو أية حقوق مالية عند وفاته . ولا يكون الميراث إلا فى مال مملوك أو حق ملحق به ولا يكون

إلا فيما بقي من ذلك بعد سداد الديون التي على المتوفى ثم تنفيذ وصاياه الجائزة — في ثلث التركة أو فيما زاد عنه عند إجازتها من الورثة — وبعد هذا أو ذاك تقسم التركة بين الورثة وسيأتي تفصيل ذلك مستقبلا إن شاء الله في الميراث .

١٩ — وفي النهاية نود أن نلفت الأذهان إلى قاعدة هامة وهي :

أن الملك الناتج عن هذه الأسباب وغيرها يكون ملكا تاما فلا يزول عن صاحبه بغير رضى منه لأن أساس هذه العقود هو الرضى كما هو مقرر .

ولكن هناك أحوالا استثنت من هذا الأصل وتزول فيها الملكية جبراً عن المالك لأن إباء المالك فيها وعدم رضاه ظلم أو عنت فلا يلتفت إليه .

١ — إذا دعت إلى ذلك مصلحة عامة كانشاء الطرق والمصارف وتوسيع دور العبادة ونحو ذلك فانه في مثل هذه الحالات يجوز الاستيلاء على الأملاك الخاصة من أجل تلك المصلحة العامة ويعطى صاحبه قيمته ولو كان غير راض .

وقد فعل عمر بن الخطاب ذلك حين أراد توسيع المسجد الحرام .

(٢) إذا دعت الحاجة إلى تحديد الملكية الزراعية بمقدار معين ويمثل هذا إصدار قانون الإصلاح الزراعي الذي صار به الحد الأقصى للملكية مائتي فدان ثم صار بعد ذلك مائة فدان فانه بهذا القانون أصبح كل من كبار الملاك مرغما على بيع مازاد على هذا القدر .

هذا وإن كان تشريعا مدنيا إلا أن له سنده القوي من الفقه وشريعة الاسلام، كما أن له سنده مما فعله الخلفاء الراشدون أنفسهم .

(٣) إذا امتنع الإنسان عن أداء دينه بغير حق فللقاضي أن يبيع ماله من منقول أو عقار حتى يفي هذا الدين جبرا عنه وهذا عند الصاحبين وإن كان أبو حنيفة لا يرى ذلك لأن صنيع ذلك يعد حجراً على المدين وإهداراً لإنسانيته ولكن للقاضي أن يحبسه حتى يؤدي دينه أو يظهر إعساره فيطلقه وينظره إلى ميسرة

الملك الناقص :

وهذا الملك الناقص قد يرد على ملك العين أو الرقبة دون المنفعة أو المنفعة وحدها وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أى يتبع شخصه لا العين المملوكة .

وقد يكون حقاً عينيا أى تابعا للعين دائما فينتقل من شخص إلى آخر وهذا ما يسمى بحق الارتفاق ولا يكون إلا فى العقار .

(١) ويتحقق ملك الرقبة دون المنافع فتكون العين ملكا لصاحبها وتكون المنفعة كمن يجعل داره مباحة لمن يبيت فيها من غريب أو عابر سبيل .

(٢) وقد تملك المنفعة وحدها على أنها حق شخصى كما لو أوصى إنسان بداره أو وقفها على شخص معين فليس له فى هذه الحالة إلا سكناها بنفسه أى ليس له أن يسكنها غيره بطريق الإجارة مثلا .

(٣) أما مالك المنفعة ملكا عينيا بمعنى أن يكون هذا الملك تابعا للعين لا للشخص الذى له حق المنفعة وهو ما يسمى بحق الارتفاق وهـو الحق المقرر لعقار على عقار آخر دون نظر إلى المالك وهذه الحقوق حق الشرب وحق المجرى وحق الجوار وسيأتى الكلام عليها مستقبلا .

خصائص الملك الناقص :

للملك الناقص أحكام ينفرد بها :

أولا : أن الملك الناقص يخالف الملك التام فإن الأول يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة أما الملك التام فلا يقبل ذلك ومن هنا فإنه يجوز لمن أعار سيارته لغيره أن يقيد المستعير بأن ينتفع بها مدة معينة كأسبوع مثلا أو فى مكان معين ، كأن يلزمه أن يركبها فى المنصورة ولا يخرج بها منها أو أن يركبها بنفسه ولا يعطيها لغيره .

ثانياً : أن هذه العين ـ محل الملك الناقص ـ تعتبر أمانة في يد المنتفع تجب عليه المحافظة عليها شأنها في ذلك شأن ملكه الخاص وعلى هذا لو تلفت أو تعيبت بأى عيب بتعد منه وجب عليه الضمان لتقصيره في حفظ الأمانة .

ثالثاً : من المقرر أن الملك التام تكون نفقاته على الملك أما في الملك الناقص فإن نفقة العين تكون على مالك المنفعة وعلى هذا فلو استعار شخص دابة ليركبها كانت نفقتها عليه .

طرق أنتهاء الملك الناقص

ينتهى ملك المنفعة بواحد من الأمور الآتية .

أولا : أنتهاء مدة الإنتفاع إن كان له مدة محددة كما إذا كانت الإجارة محددة بمدة معينة كثلاث سنوات .

ثانيا . إذا هلكت العين ـ محل الانتفاع ـ أو وجد بها عيب لا يمكن معه الإنتفاع بالعين على الوجه المطلوب كمن يستأجر دابة للركوب ثم يصيبها العرج

ثالثاً : إذا توفى مالك العين إذا كانت المنفعة بطريق الإجارة أما في الوصية فلا يبدأ ملك حق المنفعة إلا بعد وفاة الموصى وفي الوقت ينتقل هذا الحق من جيل إلى جيل .

رابعاً : وفاة من له حق المنفعة بناء على هذا الحق لا يورث .

من أنواع الملك الناقص — حقوق الارتفاق :

وحق الارتفاق هو الانتفاع العينى الثابت لعقار على عقار آخر بقطع النظر عن شخص المالك .

وحقوق الارتفاق الهامة هى حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق الجوار .

فإن حق سق أرض من مجرى ماء معين أو صرف الماء الزائد عن حاجتها

فى مصرف معروف أو المرور من طريق هو جزء من أرض أخرى .

ولهذه الحقوق أحكام عامة :

منها : ألا يؤدى استعمالها إلى ضرر بالغير تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار فليس لمن له حق مرور لمنزله أو أرضه من طريق لا يملكه أن يضر بمروره غيره ثم إن حقوق الارتفاق قد تكون على عقارات أو أموال عامة كالقناطر والجسور والطرق التى لا يملكها أحد من الأفراد على هذا فحق الارتفاق بها ثابت للناس جميعا بلا استئذان من أحد ـ إذ هى أملاك عامة ـ وإما أن تكون حقوق الارتفاق على أملاك خاصة لفرد مثلا .

ولكى يثبت حق الارتفاق على هذا الملك الخاص لا بد له من إذن صاحبه وكذلك إذا كان حق الارتفاق مضراً بالغير كالمسيل القذر فى الملك العام لة أو الخاص ببعض الافراد يجب إزالته أيضاً .

كما قلنا سابقاً إذ لا ضرر ولا ضرار(١) .

---

(١) أنظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٣٨ ، الخراج ليحيي ن آدم ص ١١٠ وحاشية ابن عابدين من ١١٠ جـ٦ ص١٩١ ، والمدخل للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى فى نظرية الملك .

المبحث الرابع

العقد

تعريفه :

من المسلم به أن لكل شيء حقيقة يقوم عليها، وطبيعة يتميز بها عن غيره حتى يأخذ شكله العام .

وبهذه الحقيقة تتباين الأشياء وتتميز . وتظهر الخصائص . وهذا يقتضى منا تعريف العقد عند كل من علماء اللغة وفقهاء الشريعة ، ورجال القانون.

أولا : العقد عند علماء اللغة :

يطلق العقد عند علماء اللغة على معان كثيرة تدور كلها حول الربط ، والشد والإحكام ، والإلزام ، والتوكيد ، والتقوية ، والضمان ، سواء أكان ذلك فى الامور المحسوسة ، أم كان فى الامور المعنوية .

يقال : عقد الحبل ، أى جمع طرفيه وشد أحدهما بالآخر حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة .

ويقال : عقد اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أكدها وقواها » يشهد لهذا المعنى قول الحق تبارك وتعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان »(١) وقوله : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله»(٢)

وسواء أكان ذلك توثيقاً وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة، كأن

---

(١) سورة المائدة آية ٨٩

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٥

قول: عقد العزم والنية على فعل كذا ، أو عقد اليمين على فعل كذا ، يسمى عقداً ، إذ فيه ربط بين الإدارة وتنفيذ ما التزم به .

أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين أو أشخاص ، فيقال عقد البيع والزواج والإجارة ، وهذا يشمل العقد الصادر بين طرفين (١)

وبناء عـلى ذلك : فإن العقد يطلق عند علماء اللغة على كل ما يفيد معنى الربط والتوثيق والإلزام من جانب واحد ، أو من جانبين.

ثانياً - العقد عند فقهاء الشريعة :

المتتبع لكلام الفقهاء حينما تكلموا على العقود المختلفة ، يجدهم مختلفين في إطلاق كلمة العقد فبينما يتوسع فيه بعضهم ، يقصره آخرون على نوع خاص من الارتباط

ولعل سر اختلافهم راجع إلى الاستعمال اللغوى لكلمة العقد ، إذ أنه يطلق — كما سبق — على الربط بين أطراف الشيء ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى الربط بين الكلامين في الاتفاقات التبادلية .

كما أن لفظ العقد يطلق أيضاً ، ويراد به الإحكام والتقوية ، ومن هذا المعنى جعل العقد بمعنى العهد واليمين ، فإن اليمين يقوى عزم الحالف على فعل المحلوف عليه أو تركه .

فمن توسع من الفقهاء في إطلاق لفظ العقد ، نظرا إلى أن كل التزام لا يخلو من عهد ، والعهد يطلق على العقد .

ومن ضيق فيه وقصره على أنه لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من.

---

(١) لسان العرب جـ ٢ ص ٢٩٦ ، تاج العروس جـ ٢ ص ٤٢٦ ؛ القاموس المحيط جـ ١ ص ٣١٥ ؛ المصباح المنير ص ٥٧٥

شخصين يرتبط كل منهما بالآخر ، نظر إلى أن معنى العقد فى اللغة الجمع والربط، وهذا لا يكون إلا بين اثنين .

ومن هنا نرى أن العقد عند فقهاء الشريعة له معنيان :

أحدهما عام :

وهو «التصرف الذى ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين .

أو هو التصرف المتضمن إنشاء حق ، أو نقله ، أو إنهاءه أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه على تصرف من جانب آخر .

ومفاد هذا التعريف يتحقق بالتصرف الذى ينشىء حكماً شرعياً ، سواء وجد التزام من جانب فى مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع .

أو كان متوقفاً تمامه على قبول الطرف الآخر كالوكالة .

أو لم يقابله التزام من جانب آخر ، ولم يتوقف على قبول طرف آخر ، كالطلاق والنذر والإبراء من الدين(١) .

وهو — ارتباط بين اثنين بإيجاب يصدر من أحدهما ، وقبول يصدر من الآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى المحل(٢) .

---

(١) هذا التعريف هو الشائع فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة والجصاص من الحنفية . راجع : هداية الراغب ص ١١ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٥٠٩ ، وتبيين الحقائق جـ ٥ ص ٩١ ، وأحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٦٠ / ٣٦١ .

(٢) وعرفته المجلة بأنه : « ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره فى محله ، انظر : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للدكتور الزرقا جـ ١ ص ٢٩٠ وموجز العقد لأستاذنا الدكتور زكريا البرى ، ونظرية العقد للدكتور حسين حامد والشيخ الميسوى .

ويؤخذ من هذا التعريف أن العقد لا يوجد إلا إذا توافرت العناصر الآتية :

١ — وجود طرفين (عاقدين) أما إذا كان طرفاً واحداً ، فإنه لا يستطيع أن يبرم بإرادته وحده عقداً بناء على هذا التعريف(١) .

وفي هذا المعنى يقول الشيخ أبو زهرة : إن العقد لا يكون إلا بين طرفين، وإذا كان من طرف واحد يكون التزاماً أو وعداً(٢) .

٢ — صدور ما يدل على الرضا بين العاقدين ، ويتحقق ذلك بصدور ما يدل عليه من كلام أو ما يقوم مقامه من إرشاد أو كتابة أو فعل .

٣ — اتصال الإيجاب بالقبول على الوجه الذي رسمه الشارع ، وهذا لا يتحقق إلا بشروط ستأتي بعد .

٤ — وتقييد الارتباط بكونه مشروعاً ينبيء باشتراط مشروعية المحل (المعقود عليه) .

فإذا كان غير مشروع فانه لا يسمى عقداً ، وذلك كما إذا قال شخص لآخر : أجرتك على أن تقتل فلاناً مقابل أن أعطيك كذا ويقول الآخر قبلت .

فإن هذا الاتفاق وإن كان صادراً بين طرفين عبرا عن إرادتهما بإيجاب وقبول إلا أنه لا يتوقف عليه أثره ، لأنه انصب على محل غير مشروع .

٥ — ظهور أثر ارتباط الإيجاب بالقبول في المحل . أي لا بد أن تكون هناك فائدة تترتب على هذا الارتباط ، فإنه لم يكن ثمة فائدة فإنه لا يسمى عقداً ، وذلك كما إذا كانت هناك قطعة أرض مناصفة بين طرفين على الشيوع ، فباع كل منهما نصيبه لشريكه بماله ، فإن هذا الارتباط وإن كان صادراً بين طرفين بإيجاب وقبول على وجه مشروع ، إلا أنه لا يفيد شيئاً ، ولا أثر له .

(١) الدسوقي جـ ٣ ص٢ ، حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٢٦ .

(٢) الملكية ونظرية العقد .

لأن كلا من الشريكين مالك لحصته على الشيوع واتفاقهما لا يحمل معنى أكثر من ذلك .

ثالثاً — العقد عند رجال القانون(١) .

هو — توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ، وهذا الأثر إما إنشاء التزام(٢) ، أو نقله(٣) ، أو تعديله(٤) ، أو إنهاؤه(٥) .

يؤخذ من هذا التعريف : أن مطلق توافق الإرادتين لا يسمى عقداً ، إلا إذا أحدث أثراً قانونياً ، فلو اتفق اثنان على أن يخرجا للتنزه في وقت معين ، فإن توافق الإرادتين هنا لا يسمى عقداً ، لأنه لا يحدث أثراً قانونياً .

مقارنة بين تعريف الفقهاء ورجال القانون :

بالمقارنة بين تعريف كل نجد أن بينهما تقاربا ، إذ كل منهما يخص العقد بما يتم بإرادتين أما مايتم بارادة منفردة فليس بعقد عندهم ، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد .

ولكن رغم هذا التوافق نجد أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم منطقا ، وأدق تصوراً من تعريف رجال القانون وذلك للأمور الآتية :

١ — أن العقد في نظر الفقهاء ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه بل الارتباط

---

(١) عرفه الدكتور عبد الحي حجازي بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي » النظرية العامة للالتزامات ج ٢ / ص٢١ .

(٢) كالبيع والإجارة .

(٣) كالحوالة .

(٤) كتأجيل الدين .

(٥) كالإبراء أو فسخ العقد قبل مدته .

الذى يعتبره الشارع حاملا بهذا الإتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً للانعقاد فلا يعتبر عقداً، ولا يحصل انعقاد رغم اتفاق الإرادتين .

أما التعريف القانونى فإنه يشمل العقد الباطل، وذلك لأنه عرف العقد بواقعته المادية، وهى اتفاق الإرادتين .

أما التعريف الفقهى فإنه يعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهى الارتباط الاعتبارى .

٢ — أن تعريف العقد عند الفقهاء قد امتاز ببيان الأجزاء التى يتركب منها فى نظر التشريع، وهى الإيجاب والقبول، وذلك لأن مجرد توافق الإرادتين لا يعرف وجوده، لأن الإرادة أمر خفى، لا يستدل عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة — ولذلك كان تعريفاً مانعاً .

أما تعريف العقد عند رجال القانون فقد أغفل هذا البيان وقال «توافق إرادتين» . رغم أنه قد تكون هناك إرادتان تتفقان على التعاقد ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقداً كما فى حالة الوعد ببيع ونحوه، ولذلك كان تعريفاً غير مانع(١) .

الفرق بين العقد وكل من التصرف والالتزام والوعد :

لما كانت هذه الألفاظ تأتى بكثرة عند التكلم عن العقد، وكان بين معانيها تشابه من بعض الوجوه؛ كان من الأفضل تعريفها وبيان الفرق بينها وبين العقد حتى لا يحصل التباس على أحد .

١ — العقد والتصرف :

التصرف : هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بناء على إرادته ويترتب

---

(١) الزرقاء جـ٣ ص٢٩٥

عليه الشارع أثراً من الآثار ،سواء أ كان هذا الأثر فى مصلحة هذا الشخص أو لم يكن فى مصلحته ، وسواء أ كان متضمناً إرادة إنشاء حق من الحقوق أم لا ،مثال الأثر الذى فيه مصلحة للمتصرف البيع والإجارة وإحياء الأرض الموات ... الخ ومثال ما يكون فى صالح الغير الوقف والوصية والإبراء عن الدين . ومثال ما فيه ضرر للمتصرف السرقة،فإن هذا الفعل وهو السرقة ضار به ، تترتب عليه العقوبة ، ومثال ما يتضمن إنشاء حق كالبيع والهبة ؛ مثال مالا يتضمن إنشاء حق الإقرار بحق من الحقوق كما إذا أقر بأنه مدين لفلان بمائة جنيه ، فإن هذا الإقرار لم ينشىء حق الدائن فى هذا الدين ، وإنما كان إثباتاً واعترافا بحقه الثابت فيما قبل .

وخلاصة هذا أن جميع الأقوال والأفعال التى تصدر من الإنسان تسمى تصرفاً(١) .

وبذلك يكون التصرف أعم من العقد بمعناه الأخص — لأن العقد نوع من أنواع التصرف التى تشمل العقد وغيره .

٢ — العقد والالتزام :

الالتزام هو — التصرف القولى المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاءه أو إسقاطه ، سواء صدرت هذه الأقوال من طرف واحد أو من طرفين ، وسواء كانت لازمة أو غير لازمة .

---

(١) وهناك فريق آخر من الفقهاء . قصر التصرف على الأقوال دون الأفعال، حيث عرف التصرف بأنه «ما يصدر عن الشخص من قول يرتب عليه الشارع أثراً أو حكما معيناً »وهذا التعريف هو المرادف لتعريف رجال القانون ، فقد عرفه د .السنهورى « بأنه إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون » مصادر الحق جـ١ ص ٦٦ ، العقد للدكتور حسين حامد ص ٢٣٧ .

فيدخل فيه التصرف الذى يوجد بالإرادة المنفردة كالوقف والطلاق ، والتصرف الذى لا يوجد إلا بإرادتين كالبيع والإجارة .

وعلى ذلك يكون الالتزام أعم من العقد لأنه يشمله باعتباره التزاماً متبادلا بين العاقدين ، ويشمل غيره من الالتزامات التى توجد بالإرادة المنفردة كالوقف .

ويتبين لنا مما سبق :

(١) أن التصرف أعم من العقد ومن الالتزام ، لأن التصرف يكون بالقول أو بالفعل بخلاف العقد والالتزام فإنهما لا يكونان إلا بالقول فكل عقد أو التزام تصرف ولا عكس .

(ب) وأن الالتزام أعم من العقد بمعناه الخاص ، لأن الالتزام يكون من جانب واحد أو من جانبين ، وأن العقد لابد أن يكون من جانبين فكل عقد التزام ولا عكس .

٣ — العقد والوعد :

الوعد هو إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء فى المستقبل(١) .

وبالنظر إلى هذا التعريف وتعريف العقد ، يتضح أن الوعد لا يتضمن إنشاء التزام فى الحال ، وإنما هو مجرد إخبار عن إنشاء التزام فى المستقبل ولذلك فإن صيغته تكون بلفظ المضارع ؛ كأن يقول شخص لآخر سأعطيك مبلغاً من المال عند نجاحك فى الامتحان .

بخلاف العقد فإنه يتضمن إنشاء التزام فى الحال، ولذلك فان صيغته غالباً ما تكون بلفظ الماضى؛ وقد تكون بلفظ المضارع إذا دلت القرائن عليه(٢)

---

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص٤٠٨ .

(٢) وذلك لأن المضارع المجرد يحتمل احتمالين الحال والاستقبال، ولابد

هذه الفروق من جهة المعنى والصيغة .

أما من جهة الحكم :

فإن جميع الفقهاء متفقون على أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد ويجبره القاضي على تنفيذه عند الامتناع .

أما الوعد :

فإن الفقهاء متفقون على استحباب الوفا به ؛ وأن الوفاء به مطلوب ديانة ؛ لأن ذلك من مكارم الأخلاق .

ولكنهم اختلفوا في وجوب الوفاء به قضاء ، بمعنى أن الواعد إذا عدل عن الوفاء بوعده . فهل يجبره القاضي على الوفاء به ؛ كما يجبر العاقد على الوفاء بعقده أم لا ؟ على أربعة أقوال :

القول الأول :

لا يجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء ، بل هو مخير بين الوفاء بوعده من عدمه ؛ ولكن الأفضل الوفاء به .

ذهب إلى ذلك الحنفية ؛ والشافعية ، والحنابلة ؛ والظاهرية ؛ وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين(١) .

= لتعيين أحدهما من بينة أو قرينة أو عرف ؛ بخلاف الماضي ؛ فإن صيغته للقطع والجزم لا احتمال فيها أصلا ؛ ولذا صحت بها العقود .

(١) ووجهة نظرهم في هذا ما رواه مالك عن صفوان بن سليم أن رجلا قال لرسول الله ﷺ أكذب على امرأتي فقال رسول الله ﷺ لا خير في الكذب ؛ فقال يارسول الله أعدها وأقول لها ؛ فقال ﷺ : لا جناح عليك .... » .

وبما رواه أبو داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : إذا وعد الرجل أخاه وفي نيته أن يفي له فلم يف ولم يجيء للميعاد فلا إثم عليه » . =

القول الثاني : يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به ويلزم به عند الامتناع قضاء(١). ذهب إلى ذلك عبد الله بن شبرمة (٢) ورجحه ابن الشاط(٣).

القول الثالث : يقضى بالوعد إذا كان على سبب وإن لم يدخل فيه فعلا، ذهب إلى ذلك أصبغ (٤) وقضى به عمر بن عبد العزيز (٥)

القول الرابع : ان الواعد يلزمه الوفاء بوعده إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود فى السبب من أجل الوعد .

= فيؤخذ من هذين الحديثين أن عدم الوفاء بالوعد مباح ، إذ لو لم يكن مباحا لكان كذباً ، ولما نفى رسول الله ﷺ الجناح على الذى لم يف بالوعد ، وإذا كان عدم الوفاء بالوعد مباحاً ، وليس على صاحبه جناح، فانه لا يجبر على الوفاء به لأن الإجبار على قضاء الشىء لا يكون إلا فى الواجب، وهذا ليس بواجب أنظر تبيين الحقائق للزيلعى ج٥ص١٩ ، مغنى المحتاج ج٢ص ٤٠٥، المغنى ج٦ص٤٢ المحلى لابن حزم ج٨ص٢٧ .

(١) المحلى لابن حزم ج٨ص٢٨، إدرار الشروق على أنوار الفروق ج٤ص٢١

(٢) هو ـ عبدالله بن شبرمه الكوفى قاضيها ، أحد الأعلام ، قال العجلى كان فقيهاً عالماً عاقلا عفيفاً ، ثقة شاعراً حسن الخلق جواداً مات سنة ١٤٤هـ. أنظر خلاصة التذهيب ص١٠٧ .

(٣) هو ـ سراج الدين أبو القاسم بن عبدالله الأنصارى . ولد سنة ٦٤٣هـ وهو فقيه أصولى . موسوعة الفقه الإسلامى ج١ .

(٤) أصبغ ـ هو ـ أبو عبدالله أصبغ بن الفرج بن نافع من كبار فقهاء المالكية بمصر ولد سنة ١٥٠هـ وسكن الفسطاط ورحل إلى المدينة ليسمع من مالك فدخلها يوم موته . وصحبه ابن القاسم واشهب . قال ابن الماجشون. ما أخرجت مصر مثل أصبغ توفى سنة ٢٢٥هـ . من مؤلفاته . الاصول ، وتفسير غريب الموطأ . انظر . الديباج المذهب ص ٩٧ وما بعدها .

(٥) الفروق للقرافى ج٤ص٢٥، إدرار الفروق ج٤ص٢١، المنتقى ج٣ص١٠٩ .

كأن يقول شخص لآخر . إنى أريد أن أهدم دارى وليس عندى من المال ما أعيد به البناء ، فيقول له . أهدم دارك وأنا أهبك كذا من المال فيهدمها بناء على ذلك الوعد .

فانه فى تلك الحالة يلزم بالوفاء ويقضى به .

ذهب إلى ذلك ابن القاسم(١) وهو المشهور والراجح من مذهب الإمام مالك(٢) .

هذه هى آراء الفقهاء فى الوعد والذى نراه ونرجحه على القول الثانى الذى يذهب إلى إلزام الواعد بالوفاء بوعده مطلقاً ـ أى سواء علقه على سبب أم لا. لأن هذا القول هو الذى يتفق مع النصوص الواردة فى الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، فآيات كثيرة منها .

١ ـ قوله تعالى : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا »(٣) .

٢ ـ وقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون ، كبر مقتاً عندالله أن تقولوا مالا تفعلون»(٤) .

---

(١) هو ـ أبو عبدالله بن عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، ويعرف بابن القاسم فقيه مالكى ، جمع بين الزهد والعلم . ولد بمصر سنة ١٣٢هـ وقيل سنة ١٢٨هـ وأخذ العلم عن الإمامين مالك والليث بن سعد وغيرهما وعنه أخذ سحنون ولم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت من ابن القاسم . توفى سنة ١٩١هـ من مصنفاته (المدونة) انظر الفكر السامى ج٢ص ٢١١ .

(٢) فقد جاء فى التاج والاكليل ج٦ص ٦٩ قال ابن القاسم . وأما ما أدخله فى وعده فلازم كقوله زوج بنتك . والصداق على ، فهذا الوعد يلزمه إلا أن يموت المعطى قبل القبض أنظر : الفروق ج٤ ص٢٥ ، العدوى على الخرشى ج٧ص ١٢٠ .

(٣) سورة الاسراء آية ٣٤ .

(٤) سورة الصف آية ٢ ، ٣

فالله سبحانه وتعالى قد أمر فى الآية الأولى بالوفاء بالوعد والأمر للوجوب عند عدم القرينة على خلاف ذلك ، فيكون الوفاء بالوعد واجباً فيقضى به

وفى الآية الثانية : ذم على القول إن لم يفعل ، والوعد إذا أخلف قول لم يفعل والذم لا يكون إلا عند ترك واجب فالوفاء بالوعد واجب يقضى به.

وأما السنة . فما روى عن عبدالله بن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال . «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا أوعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر»(١) .

فذكر اخلاف الوعد فى سياق الذم دليل على تحريمه .

تكوين العقد :

المقصود بذلك بيان الأمور التى يتكون منها العقد ؛ وهى ما يعبر عنها بأركان العقد . وهذه الأركان منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو محل أختلاف بينهم .

وهذا الاختلاف مرجعه ما ذهب اليه كل منهم فى تحديد مفهوم الركن(٢) وذلك حيث عرفه .

جمهور الفقهاء . بأنه ما لابد منه لتصور وجود الشىء أكان جزءاً منه

(١) صحيح البخارى ج٢ص١٦٣

(٢) الركن فى اللغة هو الجانب القوى للشىء الذى يعتمد عليه ومنه ركن البيت ، انظر . النهاية فى غريب الحديث ج٢ص١٠٧ ؛ المصباح المنير ؛ مادة ركن ، مختار الصحاح ص٢٢٥

أو مختصاً به وإن لم يكن جزءاً منه(١)

وعرفه الحنفية : بأنه ما كان جزءاً من الشيء ولا يوجد الا به (٢)

وبناء على هذا أختلفوا فى تحديد أركان العقد .

قال الجمهور : ان أركان العقد ثلاثة هى ـ الصيغة ـ الإيجاب والقبول التى يتم بها التعاقد والعاقدان ـ الموجب والقابل ـ والمحل أى الشيء موضوع التعاقد

وقال الحنفية :

ان العقد له ركن واحد هو الصيغة ـ الإيجاب والقبول ـ لأنها الداخلة فى تكوينه ، أما باقى الاركان التى ذكرها الجمهور ـ آنفاً ـ فانها وان كان العقد متوقفاً عليها الا أنها ليست من أجزائه الداخلة فى تكوينه يدل على ذلك أن كلا من العاقدين والمحل أمور موجودة فى الخارج قبل الصيغة ومع هذا فانها لم تستلزم وجود العقد

وبالتأمل فيما ذهب اليه كل من الفريقين يظهر أن هذا الاختلاف لفظى وذلك لأن جميع الفقهاء متفقون على أن العقد لا يوجد ـ فى الخارج ـ إلا إذا وجدعاقدان ومحل وصيغة لأن الصيغة تستلزم وجود العاقدين والمحل ضرورة

---

(١) وتوضيح ذلك أن عقد البيع مثلا لكى يتم لابد له من صيغة إيجاب وقبول ـ وعاقدان يبرمان العقد ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه وهو الشيء المبيع ، لان هذه الاشياء لا يتصور وجود العقد بدونها

(٢) ويعللون ذلك بأن عقد البيع يتم بالإيجاب والقبول فقط لأن ذلك جزء من العقد فلا يوجد الا به أما العاقدان ـ البائع والمشترى ـ ومحل العقد المبيع ـ فليست أركاناً للعقد وان توقف عليها وجود العقد لأنها ليست داخلة فى أجزائه بل هى من لوازم الإيجاب والقبول لأنه يلزم من وجود الإيجاب وجود موجب ومن وجود القبول وجود قابل .

وعلى ذلك يتبين أن الخلاف بين جمهور الفقهاء والاحناف خلاف نظرى لا تترتب عليه نتائج فى التطبيق .

هذا ؛ وسوف نسير فى عرضنا لأركان العقد طبقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء .

الركن الأول :

صيغة العقد

مضمون العقد اتفاق ارادتين ، ولما كانت الإرادة أمراً خفياً لااطلاع لأحد عليها ؛ لأنها من الأمور الباطنة التى لا يعلم بها الا صاحبها ، كانت فى حاجة الى ما يظهرها ، ويفصح عنها من قول يصدر من العاقد ويتلفظ به بلسانه ، أو قول مكتوب ، أو اشارة أو فعل من الأفعال وهو ما يسمى فى الفقه الإسلامى بصيغة العقد

فالصيغة(١) على هذا : ما يصدر من المتعاقدين دالا على توجه ارادتهما لإنشاء العقد سواء أكان لفظاً أم كتابة أم اشارة أم فعلا

ولما كان الرضا أمراً خفياً لا اطلاع لأحد عليه جعل الشارع الصيغة المكونة من الإيجاب والقبول قرينة عليه

معنى الإيجاب والقبول

اختلاف الفقهاء فى تعريف الإيجاب والقبول

---

(١) الصيغة فى اللغة : مشتقة من الصوغ مصدر صاغ يقال: صاغ الله فلانا صيغة حسنة أى خلقه خلقة جميلة وصاغ فلان الشيء أى هيأه على مثال مستقيم وصيغة الكلمة أى هيأتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها المعجم الوسيط ٥٢١/١

فذهب الأحناف :

إلى أن الإيجاب(١) ما صدر أولا من أحد العاقدين ، والقبول(٢) ماصدر آخراً .

فإذا قال شخص لآخر بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا، كان هذا القول إيجابا ، لأنه أوجب على نفسه وألزمها ببيع الكتاب فى مقابل هذا الثمن عند رضاء الطرف الثانى ، فإذا قال الطرف الآخر قبلت كان ذلك قبولا ورضا والتزاما بدفع هذا الثمن فى مقابل الكتاب ، وحينئذ يصير البائع ملتزما بتسليم الكتاب ، ويصير المشترى ملتزما بدفع الثمن .

وكذلك الحال لو انعكس الأمر بأن بدأ المشترى وقال : اشتريت هذا الكتاب بخمسين قرشا كان هذا القول إيجابا ، لأنه قد أوجب على نفسه دفع هذا الثمن فى مقابل الكتاب ، إذا رضى البائع بذلك ، فإذا قال البائع قبلت ، كان هذا قبولا ببيع الكتاب فى مقابل الثمن المذكور .

وذهب الجمهور :

إلى أن الإيجاب : ماصدر من المملك وإن جاء متأخرا ، والقبول : ماصدر من المتملك وإن صدر أولا .

فى المثال السابق يكون الإيجاب هو ماصدر من البائع ، سواء ذكر أولا أو ذكر ثانيا ، لأن تمليك العين أو المنفعة صادر من جهته ،فهو أساس العقد ، فيكون كلامه هو أساس وجود العقد ، ويكون قوله هو الإيجاب الذى ينبنى عليه القبول ، وإن كان الإيجاب قد جاء متأخرا .

---

(١) الإيجاب لغة ، الالتزام والإثبات

(٢) مأخوذ من قبلت العقد أقبله قبولا

أما ما صدر من المشترى فإنه « قبول » وإن صدر أولا ، لأنه سيتملك العين .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول

لا شـــك فى أن أساس العقد هو توجيه إرادة كل من طرفيه لإنشائه وإبرامه وهذه الإرادة مثل سائر أعمال النفس ، أمر خفى لا يظهر إلا بأداة تدل عليه ، وهذه الأداة قد تـكون لفظاً ، وقد تـكون كتابة ، وقد تـكون إشارة ، وقد تـكون فعلا ، أو غيرها مما يصلح أو يـكون تعبيرا عن الإرادة الباطنة ، وستتحدث عن كل نوع منها فيما يلى :

أولا — اللفظ

هو — الـكلام الذى يعبر به العاقد على إرادته الخفيه ، ذلك أن الارادة لا تـكون مناطا للحكم إلا إذا ظهرت فى صورة محسوسة .

والتعبير عن العقد باللفظ ، هو الطريق الطبيعى الذى يستعمل فى التعاقد لسهولته ويسره على الناس ، ولا يقوم غيره مقامه إلا فى حالة الضرورة .

وفى هذا المعنى يقول القرافى : والأحسن أن يـكون البيان باللفظ دون الـكتابة فإن اللسان يفهم ما لا يفهمه القلم ، فانه حى ، والقلم ميت (١)

هذا ، ولما كان اللفظ هو الأصل فى التعبير عن الارادة وإظهار الرغبة ، فإن الفقهاء قد بحثوا اللفظ الذى ينعقد به العقد من ناحية مادته والحروف التى يتـكون منها ، ومن ناحية صيغته وهيئته .

أما من ناحية المادة فان الفقهاء متفقون على أن العقود جميعها تنعقد باللفظ

---

(١) انظر : الفروق ج ١ ص ٨١

الدال على معنى العقد، سواء أكان ذلك باللغة العربية أم العامية . وسواء كانت هذه الدلالة صريحة أو كانت بطريق الكناية فعقد البيع — مثلا — ينعقد بقول البائع، بعت لك هذا بكذا ، أو أعطيته لك بكذا ، أو وهبته لك بكذا ومثل البيع في ذلك بقية العقود دائما لا يشترط فيها لفظاً معيناً ولا عبارة مخصوصة

إلا أن جمهور المالكية والشافعية والحنابلة (١) استثنوا من ذلك عقد الزواج واشترطوا أن تكون ألفاظه مشتقة من مادتى « نكح ، وزوج »

فلو قالت المرأة ملكتك نفسى أو وهبتك نفسى بألف جنيه لم ينعقد الزواج ووجهتهم فى ذلك

أولا : أن هذين اللفظين هما اللذان وضعا فى اللغة العربية لهذا المعنى ووردا فى لسان الشرع تعبيراً عنه(٢) فلا بد من التزامهما اقتفاء له .

من ذلك قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء » (٣)

وقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف (٤) وقوله تعالى« فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها ... »(٥)

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٤١٩ وما بعدها ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠

(٢) ورد الحنفية بأن هذا غير مسلم ، حيث ورد فى لسان الشرع التعبير عن عقد الزواج بلفظ الهبة والتمليك ، كما فى قوله تعالى « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن اراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » وقول الرسول ﷺ : « ملكتكها بما معك من القرآن ، فقد دلت الآية والحديث على أن عقد الزواج ينعقد أيضاً بلفظ الهبة والتمليك .

(٣) سورة النساء آية ٣

(٤) سورة النساء آية ٢٢

(٥) سورة الأحزاب آية ٣٧

ثانيا:أن الزوج عقد جليل القدر خطير الشأن ،وفيه معنى العبادةلله تعالى بتـكثير من يعبدونه فى هذا العالم ، لذلك اشترط الشارع الشهادة فيـــه ، ولا يستطيع الشاهدان تحمل الشهادة ، إلا إذا كان العقد بألفاظ صريحة واضحة فى الزواج ، فيقتصر فى التعبير عنه بما ورد فى لسان الشرع .

غير أن الحنفية : خالفوا فى ذلك ، وقالوا إن عقد الزواج يصح انعقاده بكل لفظ يدل على تمليك العين فى الحال ، كلفظ التمليك ، والجعل ، والهبة والصدقة ، متى وجدت القرينة الدالة على أن المراد بهذه الألفاظ الزواج . وبشرط فهم الشهود المقصود .

الراجح : ماذهب إليه الأحناف ومن وافقهم من أن عقد الزواج ينعقد بأى لفظ دال على إنشائه ؛ ولو بطريق المجاز ، لأن عقد الزواج كغيره من العقود التى تنشأ تبعا لإرادة المتعاقدين .

أما أن فيه معنى القربى والتعبد والطاعة لله . فإن ذلك لايستلزم ألفاظا خاصة لانعقاده حيث إن هناك عقودا فيها معنى القربى والطاعة ومع ذلك لايتعين لها ألفاظ معينة كالصدقة . والعتق .

وأما من حيث الصيغة :

فاللفظ إما أن يكون فعلا أو اسما ؛ والفعل إما أن يكون ماضيا أو مضارعا أو أمرا .

فإن كان بصيغة المـاضى ؛ فقد اتفق الفقهاءعلى صحة الانعقاد به(١) وأنه هو الأصل الذى تنعقد به العقود ،مثل قول الموجب بعتك هذه الداربألف؛ وقول المشترى:قبلت،لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى فى الحال لم يكن حاصلا

---

(١) المبسوط جـ١٢ ص ١٠٩ ، الهداية جـ ٣ ص١٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٧٦ ؛ نهاية المحتاج جـ٣ ص٦ ؛ كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٣ .

من قبل ، وصيغة الماضي تدل على إنشاء العقد في الحال ، وهي قاطعة في الرغبة ولا تتوقف على شيء آخر كالبينة أو القرينة .

أما إذا كان بصيغة المضارع — وهو ما يدل على حصول الفعل في الحال أو الاستقبال — فقد اتفق الفقهاء على انعقاد العقد بها إذا وجدت قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد، وسر اشتراطها ،أن الصيغة قد يراد بها الاستقبال مجازاً ، فكان لا بد من وجود القرينة التي تبعد هذا الاحتمال .

فاذا قال البائع للمشترى . أبيع لك هذا الكتاب بكذا الآن ، وقال المشترى اشتريه ، صلح الفعل المضارع لإنشاء العقد ، لوجود القرينة اللفظية على إنشاء العقد في الحال وهو قوله « الآن » .

أما إذا كان بصيغة الاستقبال ، وهى صيغة المضارع المقرون بالسين وسوف كما إذا قال البائع سأبيعك هذا بألف ، فإن المضارع هنا لا يصلح لإنشاء العقد لأن اقترانه بالسين قرينة لفظية على أنه لا يقصد به إنشاء العقد في الحال ، ومن ثم لا ينعقد بها العقد ، لأنها تفيد الوعد بالعقد لا وقوعه .

وبالمثل فإن العقود لا تنعقد بصيغة الاستفهام لتمحيصها للاستقبال لأنها سؤال عن الإيجاب والقبول ، وليست إيجابا ولا قبولا ، وذلك كما إذا قال الموجب . أتشترى هذا الكتاب بخمسين ، فقال الآخر قبلت ، فإن العقد لا ينعقد لعدم وجود إرادة قاطعة ، لأن السائل لم يخبر عن رغبته في التعاقد وإنما يطلب الإجابة عن سؤاله .

أما إذا كان العقد بصيغة الأمر — وهو ما يدل على طلب حصول الفعل في المستقبل - فقد اتفق العلماء على عدم انعقاد العقد بها عند عدم وجود قرينة تدل على الإرادة .

أما إذا وجدت قرينة تدل على قصد إنشاء العقد بها ، فقد اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بها .

ذهب الأحناف : إلى أن صيغة الأمر لا ينعقد بها العقد مطلقاً (١) لأن صيغة الأمر تستعمل للطلب وطلب الايجاب والقبول لايكون إيجاباً وقبولا فاذا قال البائع للمشترى : اشتر منى هذا الشيء بكذا فقال المشترى اشتريت فلا ينعقد العقد (٢) لأن هذا القائل يطلب من الطرف الآخر إيجابا يحتاج منه إلى قبول .

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد متى وجدت القرينة التى تدل على قصد إنشاء العقد فى الحال ، لأنها واضحة فى إظهار الرغبة فى التعاقد .

فاذا قال رجل لوكيل المرأة — وقد دعى الناس والشهود لعقد الزواج — زوجنى موكلتك بمهر كذا ، فقال وكيل المرأة : زوجتك ، وانعقد العقد ، لوجود القرينة المعنوية ، وهى دعوة الناس لشهود العقد لأن هذه القرينة تدل على إنشاء العقد فى الحال .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور لأنه الموافق لعرف الناس وعاداتهم.

أما الجملة الاسمية فانها تصلح لإنشاء العقد فى الحال لأنها تدل على الثبوت والحصول بالفعل فاذا قال : أنا متزوجك على مهر مقداره ألف جنيه فقالت وأنا متزوجاك انعقد العقد .

---

(١) غير أنهم استثنوا من هذا بعض العقود قالوا إنها تنعقد بصيغة الأمر مثل عقد الزواج لأنه يسبقه بحسب العادة الخطبة والاتفاق على المهر فاذاقال الزوج لولى المرأة زوجنى ابنتك كان المقصود هو إنشاء عقد الزواج فى الحال بخلاف غيره من العقود فانها تحصل فجأة وبدون مقدمات .

(٢) بدائع الصنائع ج ١ ص ١٢٣

وفى النهاية نستطيع أن نقول : إن المناط هو وضوح الدلالة وعدم الاحتمال فى صلاحية العبارة فما دامت العبارة قد اقترن بها ما يمنعها احتمال إرادة شىء غير إنشاء العقد ، انعقد العقد بها .

ثانياً — التعاقد بالكتابة

يرى جمهور الفقهاء أن التعاقد يتم بالكتابة ، لأنها السبيل الثانى الذى يقطع فى الدلالة على الارادة ، سواء أكان العاقدان حاضرين أم كان أحدهما غائباً عن المجلس ، لأن الكتابة لا تقل عن اللفظ فى الافصاح عن الارادة مادامت الكتابة واضحة مستبينة (١) مرسومة وموجهة إلى شخص معين .

والتعاقد بالكتابة إذا كان بين غائبين فهو صحيح مطلقاً ، سواء أكان العقد زواجاً أم غيره ، وذلك كأن يكتب أحد العاقدين للآخر كتابا يقول فيه مثلا بعت لك سيارتى بمبلغ ألف جنيه ، ثم يرسل هذا الكتاب إلى العاقد الآخر ،

---

(١) الكتابة على ثلاثة أنواع :

(أ) الكتابة المستبينة المرسومة : وهى مالها بقاء بعد الفراغ من كتابتها بحيث يستطيع الغير قراءتها وكانت موجهة إلى شخص معين ومعنونة إليه

(ب) الكتابة المستبينة غير المرسومة : وهى — ما لها بقاء بعد الفراغ من كتابتها ويستطيع الغير قراءتها ولكنها ليست مكتوبة على الشكل أو الرسم الذى يدل على أنها موجهة إلى شخص معين بل يحتمل هذا ، وتحتمل أنها مكتوبة على سبيل التعليم كالكتابة على الحائط وأوراق الشجر .

(ج) الكتابة غير المستبينة : وهى — ما ليس لها وجود بعد الانتهاء منها كالكتابة فى الهواء ، وعلى الماء . انظر بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨١٢ ط زكريا على يوسف ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٣٧ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٤٠

فإذا وصله فتحه وفهم مافيه وقال قبلت وكان في مجلس قراءة الكتاب انعقد العقد(١) أما إذا انصرف من المجلس من غير أن يتقبل انتهى الإيجاب(٢)

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد صح انعقاد العقد بالكتابة إلا عقد الزواج فانه لا ينعقد من الحاضرين في مجلس واحد ، إلا إذا كان أحدهما عاجزاً عن النطق بالعبارة ، لأن عقد الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين ، أما في تلك الحالة فانه لا يتيسر لهم السماع وبالتالى لا يتحقق شرط الشهادة .

أما الشافعية : فانهم خالفوا الجمهور وذهبوا إلى عدم صحة انعقاد العقد بالكتابة إلا للضرورة ، ولا ضرورة موجودة هنا ، لأن العاقد قادر على النطق أما كون كل منهما في بلد فذاك لا يعد ضروة ، إذ يمكنه أن يوكل من يعقد له ، ويتعاقد مع الآخر بالقول(٣) .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور لأنه يتفق مع مقتضيات العصر وعرف الناس

ثالثاً التعاقد بالإشارة :

الإشارة : هى — إحدى الوسائل التى يعبر بها عما فى النفس(٤) .

---

(١) لأن الإيجاب والقبول بالكتابة لا يبدأ منذ كتابة العبارة بل عقب وصول الكتاب وقراءته فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها ، هذا فى العقود بخلاف التصرفات التى لا تتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه كالطلاق فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة.

(٢) فتح القدير حـ ٥ ص ٧٩ ؛ تبيين الحقائق ٤ / ٤ ، بدائع الصنائع ١٣١/٦ ، النيل ١٠/٢ .

(٣) المهذب للشيرازى ١/ .

(٤) الإشارة فى اللغة : تعيين الشىء باليد ونحوها ، والتلويح بشىء يفهم منه المراد ، المعجم الوسيط ٤٩٩/١ .

ويستعملها — عادة — من لا يقـدر على النطق ، وقد يلجأ إليها غيره عن يمكنه الإفصاح عن رغبته باللفظ ، ولذا من يعبر عن رغبته فى التعاقد بالإشارة إما أن يكون ناطقاً أو غير ناطق .

فان كان العاقد قادراً على النطق والعبارة . فقد ذهب جمهور الفقهاء(١) إلى أن العقد لا ينعقد بإشارته لأن اللفظ هو الاصل فى التعبير ، وأن الإشارة مهما قويت دلالتها فهى لا ترقى إلى مرتبة اليقين المستفاد من اللفظ ، وما دام العاقد يستطيع أن يعبر عن عقده باللفظ الذى هو أقوى . وأدل على الخبر فلا حاجة إلى الأضعف المحتمل للشك . لأن العدول عن الأقوى إلى الأضعف لا يكون إلا للضرورة ، ولا توجد ضرورة بالنسبة للقادر على النطق .

كما أن العبارة هى الأصـل والإشارة فرع ، ولا يعـدل عن الأصـل إلى الفرع إلا اذا تعذر العمل بالأصل .

وخالف فى ذلك المالكية(٢) وقالوا إن اشارة الناطق ينعقد بها العقد كالعبارة تماما ؛ لأن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً يستوى فى ذلك اللفظ والإشارة مادامت مفهمة ، كما أن الإشـارة تسمى كلاماً لغـة قال الله تعالى إجابة ليحيى حين سأله عن آية تدل على صدقه « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً(٣) » .

والرمز(٤) هو الإشارة ، وما دام الأمر كذلك وكانت الاشارة مفهمة ومتعارف عليهما بينهم فانه يصح العقد بها لأن الغاية هى الإفهام والإفصاح .

---

(١) تكملة الفتح ٨/٢٢٨ . الأشباه والنظائر للسيوطى / ٤٦٩ . كشاف القناع ٤/٢٣٥ . النكت والفوائد / ٣٥٩ .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٣ . شرح الخرشى ٤/٣٠٤

(٣) آل عمران / ٤١ .

(٤) الرمز : لغة الإشارة والإيماء . المعجم الوسيط ١/٣٧٢ .

غير أنهم استثنوا من ذلك عقد الزواج ، وقالوا إنه لا ينعقد بالاشارة لأنه عقد جليل القدر عظيم الشأن، فلا بد من اللفظ لما له من الأهمية والخطورة(١).

وأما إذا كان العاقد لا يقدر على النطق فإما أن يكون يحسن الكتابة أو لا يحسنها .

(أ) فان كان يحسن الكتابة ، كالأخرس الذى يعرف الكتابة ، فان الفقهاء قد اختلفوا فى إنعقاده بالاشارة على قولين :

القول الأول :

أن العقد لا ينعقد بالإشارة ، وإنما ينعقد بالكتابة ، لأن الكتابة أبين وأوضح وأبعد عن الاحتمال ، فلا تترك إلى إشارة لا يفهمها إلا القليل من الناس مع عدم خلوها عن الاحتمال. ذهب إلى ذلك بعض الحنفية والمتولى(٢) من الشافعية (٣)

القول الثانى :

أن العقد ينعقد بالإشارة كما ينعقد بالكتابة ، لأن الغرض والهدف من التعبير بالإرادة هو الإفهام ،وما دام الإفهام والبيان يتحققان بكلتا الوسيلتين فإنهما يكونان على حد سواء إذ لا أفضلية لأحدهما على الآخر، كما أن الكلام هو الأصل فى التعبير عن الارادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه والإشارة والكتابة فى ذلك سواء .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٢٩

(٢) المتولى : هو — أبو سعيد عبدالرحمن بن مأمون المتولى . صاحب التتمة ، أحد الأئمة . كان رفيع الشأن بعيد الصيت له مصنفات كثيرة . توفى ٤٧٨ هـ انظر الفكر السامى جـ ٤ ص ٦٢

(٢) نتائج الأفكار جـ ١ ص ١٥٩

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (١)

(ب) أما إذا كان لا يحسن الكتابة، فالأخرس الذى لا يستطيع الكلام ولا يحسن الكتابة فإن عقده ينعقد بالاشارة، لأنها الوسيلة الوحيدة المتيسرة له، المتيقنة فى حقه فهى بمثابة النطق لأننا لو لم نعتبر الإشارة فى هذه الحالة لأدى ذلك إلى حرمانه من حق التعاقد. وفى هذا ضرر بالغ.

رابعاً: التعاقد بالأفعال:

الإعلان عن الارادة وإظهارها كما يكون بالقول والكتابة يكون كذلك بالفعل، ويسمى الفقهاء ذلك بالتعاطى أو المعاطاة: وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية للعوضين وذلك كأن تشير إلى التاكسى فيقف السائق، ثم تركب السيارة وتدفع ما يسجله العداد دون إيجاب أو قبول لفظى.

وقد اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج لا ينعقد بالأفعال، وأنه لا بد فى إنشائه من صيغة قولية معلنة من الجانبين، فإذا خطب رجل امرأة واتفقا على المهر تمهيداً لعقد الزواج، ثم أعطى لها الرجل المتفق عليه وأخذها لم ينعقد عقد الزواج، بإعطائها المال وأخذها له من غير صيغة لفظية تنشىء العقد لأن عقد الزواج، عقد عظيم الشأن رفيع القدر جليل الأثر. فلا بد من أن يصان عن كل نقص ينقص من قيمته ويهون من شأنه وفى انعقاده بالأفعال تنقيص من قيمته لأنه يختلط بعلاقة المحادثة المحرمة.

أما غير الزواج من العقود فإن الفقهاء قد اختلفوا فيها على أقوال ثلاثة

---

(١) لسان الحكام لابن الشحنة ص ٦٢ وتكملة الفتح جـ ١٠ ص ٥٦٢ وتبصرة الحكام جـ ٢ ص ٤ نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٠٦ وشرح الأزهار جـ ٤ ص ١٥٩ والروضة البهية جـ ٢ ص ٢٤٩.

القول الأول : أن سائر العقود كالزواج ، لا تنعقد بالأفعال ، ولا تنعقد إلا بالأقوال ، لأن الأصل فى التعبير عن الارادة أن يكون باللفظ ، فان حصل عجز عن اللفظ ، عدل عنه إلى ما يقوم مقامه من إشارة أو كتابة والفعل لا يقوم مقام اللفظ ، كما أن اللفظ أوضح فى الدلالة على الرضا من الأفعال ، فلا يجوز ترك الأوضح إلى غيره .

ذهب إلى ذلك الشافعية والإمامية .

القول الثانى : أن العقود تنعقد بالفعل متى كان واضح الدلالة على الرضا وكان العرف جاريا على ذلك ، يستوى فى ذلك النفيس والتافه ، لأنهم إذا تعارفوا على التعاقد بالفعل فى بعض الأشياء كان الفعل الصادر منهم دليلا ظاهراً فى التعبير عن الارادة ، فيصح أن ينعقد به العقد .

ومن ذلك ما جرى به العرف من شراء الصحف والمجلات ، بدفع الثمن وأخذ المبيع دون اللفظ بالإيجاب أو القبول .

ذهب إلى ذلك الأحناف والمالكية والحنابلة (٢) إلا أن بعضهم قصره على التافه فقط دون النفيس والقانون المدنى ، يتفق مع هذا الرأى ، وهو رأى أدنى إلى الحق وأقرب إلى اليسر من القول الذى لا يجيز العقد بالافعال مطلقاً

القول الثالث : أن العقد ينعقد بالأفعال الدالة على إنشائها ولو لم يجر العرف بذلك ، لأن الأساس فى إنشاء العقود هو التراضى ، والتراضى أمر خفى لا يظهر

---

(١) المهذب جـ ١ ص ٢٥٧ ، مفتاح الكرامه جـ ١ ص ١٥٤ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٤ ، منهج الطلاب جـ ١ ص ١٨١

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤ ، فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٦٧

إلا بما يدل عليه ، فكل ما دل على وجود التراضى فهو معتبر ؛ فكل فعل يدل على مبيع ينعقد به البيع وكل ما يدل على الإجارة تنعقد به الإجارة وهكذا بقية العقود .

ذهب إلى ذلك مالك وبعض الحنابلة (١)

وبعد فهذه خلاصة آراء الفقهاء فى التعاقد بالأفعال ، ويظهر من عرضها أن هناك رأياً مانعاً وآخر مضيق وثالث موسع ، ونحن نرجح الوسط لأنه يتفق مع مقتضيات الوقت ومتطلبات الظروف ، وحاجة الناس .

---

(١) الشرح الكبير ج٣ ص ٣ ، الفروع جـ ٢ ص ٤٤٢

شروط الصيغة

لما كانت الإرادة من الأمور الباطنة ، وكانت الصيغة — الايجاب والقبول — هى التى تظهر إرادة كل من الموجب والقابل ، اشترط الفقهاء فيها شروطاً لا بد من توافرها لإنعقاد العقد وهذه الشروط هى .

١ — الوضوح .

٢ — التطابق .

٣ — الاتصال .

٤ — البقاء .

وإليك إيضاح كل شرط من هذه الشروط :

أولا — الإيضاح:

أى أن يكون كل من الايجاب والقبول واضح الدلالة على إرادة العاقدين فى إنشاء العقد وإرادة وجوده ، وذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول فى كل عقد تدل دلالة واضحة على نوع العقد المقصود للعاقدين لأن العقود ، يختلف بعضها عن بعض فى موضوعها وأحكامها ، فاذا لم يظهر بيقين أن العاقدين قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة.

أما إذا كان اللفظ المستعمل محل احتمال واحد فانه لا يوجد الارتباط ، لأن الارتباط فى الواقع إنما يوجد بين الارادتين اللتين يستدل عليهما الايجاب والقبول وذلك يعتمد على التحقق من وجودهما .

ثانياً — النطاق .

لا بد فى تكوين العقد باعتبار أن الايجاب والقبول من أركانه الأساسية من موافقة كل منهما للآخر ، فيصدر القبول موافقاً للإيجاب فى جميع جزئياته ومطابقاً له(١) سواء أكانت موافقته للايجاب حقيقية إذا قالت امرأة لشخص زوجتك نفسى بمهر مقداره ألف جنيه، فقال . قبلت زواجك أم كانت الموافقة ضمنية ، وذلك فيما إذا كانت مخالفة القبول للايجاب فيها خير للموجب ، كما إذا قالت المرأة زوجتك نفسى على مهر مقداره ألف جنيه فقال : قبلت زواجك بألفى جنيه ، فإن قبول تزوجها بألفى جنيه متضمن لقبول تزوجها بالألف بطريق أولى(٢) غير أن هذا مقابل لا يلزم إلا بالألف لأن التعاقد بينهما ما كان إلا عليه وتكون الزيادة هبة مبتدأة من القائل فإن قبلها الموجب ، الزوجة ، فى مجلس العقد التحقت بالمهر (٣) ويكون العقد قد تم بإيجاب من الزوج وقبول من الزوجة .

ومن الموافقة الضمنية . ما لو باعه بثمن مؤجل إلى شهر كذا ، فقبل المشترى بثمن حال ، فينعقد العقد ، لأن القبول لم ينقص شيئاً من الايجاب وإنما جاء متفقاً معه ومتضمناً رغبة صاحب الايجاب(٤) لأن العبرة بالمقاصد الجوهرية .

---

(١) بدائع الصنائع ـ كاسانى جـ ٥ ص ١٣٦ وما بعدها ، فتح القدير ج ٥ ص ٨٩ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦

(٢) لأن القابل بالأكثر قابل طبقاً فيكون الايجاب والقبول قد توافقا ويكون موضوع العقد متحداً ومطابقاً مع الايجاب .

(٣) رد المحتار ج ٤ ص ١٩ فتح القدير ج ٥ ص ٧٨

(٤) وإنما اشترط هذا الشرط ، لأن التعبير الصادر من العاقدين إنما اعتبر شرعاً ، لأنه يوضح ويظهر ارادة باطنة خفية ، ولا يكون الايجاب والقبول قرينة على هذه الارادة إلا إذا توافقا فى جميع الجزئيات، فاذا اختلفا فى شيء من ذلك لم يكن هناك رضا .

أما إذا لم يوافق القبول الايجاب فإن العقد لا ينعقد (١) لأن الصيغة هنا لا تكشف عن ارادة العاقدين الموحدة ، ولا يكون كل منهما ملزماً بما ألزم به نفسه للآخر ما دام الطرف الآخر لم يستجب لالزامه، فإن استجاب لالزامه انعقد العقد ، وأصبح الطرف هو القابل .

وصورة المخالفة التى لا ينعقد معها العقد كثيرة منها :

١ — أن يقبل العقد فى غير ما عينه الموجب، أو يقبل فى بعض ما أوجب فيه الموجب جملة ، وذلك كأن يقول شخص لآخر بعت لك سيارتى المرسيدس بألف جنيه فيقول الآخر : قبلت شراء منزلك بألف، أو يقول قبلت شراء المذياع الذى بالسيارة بخمسين، فان العقد لا ينعقد بهذا القبول لمخالفته للايجاب ، لانه فى القبول الاول ورد على غير ما عينه الموجب، وفى الثانى ورد على جزء مما عينه الموجب ، لكن يعتبر ما صدر من المشترى ايجابا جديداً فان قبله البائع فى مجلس العقد تم العقد بينهما على بيع المنزل ، أو المذياع .

٢ — أن يقبل القابل لبعض ما أوجبه الموجب ، كأن يقول شخص لآخر بعت لك سيارتى بألف جنيه فيقول الآخر : قبلت بخمسمائه ، فان العقد لا ينعقد هنا لمخالفته القبول للايجاب فى الثمن فانعدم الرضا ، ولكن القبول المخالف يعتبر ايجابا جديداً يحتاج إلى قبول من البائع،فاذا قال قبلت بيعها بخمسمائة انعقد العقد ، وأضحى ما صدر من المشترى إيجاباً وما صدر من البائع « أخيراً » قبولا .

٣ — أن يقبل العقد بأكثر مما عينه الموجب ولكنه مؤجل : كما إذا قال

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٨٠

بعت لك سيارتى بألف جنيه حالة ، فقال المشترى قبلت شراءها بألف ومائة مؤجلة إلى شهر كذا ، أو موزعة على عشرين قسطاً ، فان العقد هنا لا ينعقد . لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول(١) فانعدم الرضا ، أما إذا صدر قبول جديد من الطرف البائع فقال قبلت انعقد العقد ويسمى ما صدر من المشترى إيجاباً وما صدر من البائع قبولا .

موقف القانون من هذا الشرط :

نصت المادة ٩٦ من القانون المدنى على أنه : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه ، أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

قال المرحوم الدكتور/ عبد الرازق السنهورى فى شرح هذه المادة .

« فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للايجاب على النحو الذى قدمنا ، أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فان العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، فاذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفا تدفع فوراً ، وقبل المشترى أن يدفع الألف على أن يزيد البائع فى المبيع أو قبل أن يدفع فى المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفا ولكن بالتقسيط لم يتم البيع واعتبر هذا إيجابا جديداً من المشترى(٢) .

ومن هذا النص يتضح لنا أن الأمر يختلف فى القانون عنه فى الفقه الإسلامى لأن الفقه الإسلامى قال بانعقاد العقد إذا كان القبول مخالفا للايجاب ، وكان فى هذه المخالفة خير للموجب كما فى الأمثلة السابقة التى بيناها .

أما القانون فيذهب إلى أن أى مخالفة من القبول للايجاب لا ينعقد العقد حتى ولو كان فيها الخير للموجب .

---

(١) بالإضافة إلى ما فيه من ضرر محتمل بصاحب الإيجاب ، لأن الثمن وإن كان أكثر مما تضمنه الإيجاب إلا أنه يكون راغبا تعجيل الثمن لحاجته اليه .

(٢) الوسيط : « مصادر الالتزام » ٢١٩/ ، ٢٢٠ مصادر الحق ٨/٢ .

ثالثا — الاتصال :

هو أن يصدر القبول فور علم القابل بالإيجاب ، فإن كان فى مجلس واحد اشترط صدور القبول فى المجلس وإن كان ليس فى مجلس واحد بأن كان أحدهما غائبا وتم التعاقد بطريقة الكتاب أو الرسول كان مجلس العقد هو مجلس العلم بما تضمنه الكتاب أو بما يحمله الرسول .

فإذا صدر إيجاب من أحد العاقدين فقبله الطرف الآخر وهو فى مجلس العقد انعقد لاتصال القبول بالإيجاب .

وهذا الشرط لاخلاف فيه بين الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم فى ماهو المراد بالاتصال ؟

فذهب الشافعية : بأن المراد بالاتصال : هو صدور القبول عقب صدور الإيجاب فوراً ، بأن يتصل به الاتصال المعتاد ، أى أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، وأن لا يتخللهما كلام أجنبى عن العقد .

فإن طال الفصل بينهما بأن حدث سكوت طويل — وهو مايشعر بالإعراض عن القبول — أو توسط بينهما كلام أجنبى فلا يتحقق الاتصال ، سواء تفرقا من المجلس ام لا (١) .

---

(١) وفى هذا يقول صاحب كتاب مغنى المحتاج : « ويشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ولو بكتابة أو إشارة أخرس ، فإن طال ضر لأن طول الفصل يخرج الثانى عن أن يكون جوابا عن الأول ، والطويل ما أشعر بإعراضه عن القبول ، ويضر تخلل كلام أجنبى عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول ، وإن لم يتفرقا عن المجلس لأن فيه اعراضا عن القبول .

انظر : مغنى المحتاج ٢/٥ وما بعدها ، المجموع ١٦٩/٩ ، تحفة المحتاج ٥٢٧/٤ . نهاية المحتاج ٨/٣ .

ووجهتهم فى ذلك :

أن الإيجاب عرض ينعدم عقب صدوره من صاحبه فإذا لم يوجد القبول بعده فوراً ، لا يتحقق الاقتران والاتصال ، وبالتالى لا ينعقد العقد .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المراد بالاتصال ـ هو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، فإذا صدر الإيجاب من أحد الطرفين فليس من المحتم أن يصدر القبول فوراً ، بل يجوز للقابل أن يتأخر فى إصداره بعض الوقت مادام مجلس العقد قائماً .

وذلك : لأن القياس وإن كان يقتضى الفورية إلا أن العرف ومصالح الناس وتيسير التعامل ، يستلزم من القابل التروى والنظر قبل أن يصدر القبول ليتبين مصلحته فى هذا العقد ، فلو عملنا بالقياس لانعدم ذلك كله . ولكن رعاية لمصلحة الناس ورفع الحرج عنهم قلنا بأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل فى مصلحته ، وهذه الفترة لو تركت بدون تحديد وقت معين للحق ضرر بالموجب(١) فحددت من اجل ذلك بالمجلس ، فإذا افترقا من المجلس كان كل واحد منهما على بينة من أمر العقد .

والقول الراجح الذى تميل إليه النفس هو ماذهب إليه الجمهور ، لأن فيه توسعة وتيسيراً على الناس . لأن فى ذلك تدبراً وتأملا وترويا للطرفين فإن للموجب إن وجد أن مصلحته فى عدم انعقاد العقد أن يرجع قبل القبول ، وإن للقابل التأمل فإذا وجد مصلحته عقد العقد(٢) .

---

(١) لأن ذلك يعتبر حجراً عليه فى التصرف .

(٢) مايترتب على الخلاف بين الشافعية وغيرهم : أن الشافعية ومن نحا نحوهم قالوا بخيار المجلس ـ وهو ـ مايثبت لأحد العاقدين فى عقود المعاوضات المالية ، حق فسخ العقد أو إمضائه فى مجلس العقد قبل أن يتفرقا من غير اشتراط لقول الرسول ﷺ : « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » ، وبذلك يتحقق التأمل =

موقف القانون :

نصت المادة ٩٤ من القانون المدنى فقرة أولى على : « أنه إذا صـــدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاداً للقبول . فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ... »

وفى الفقرة الثانية نص على ما يأتى . « ومع ذلك يتم العقد لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة مابين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد

فيؤخذ من هـذا النص أن القانون يتفق مع جمهور الفقهاء فى أن القبول يحصل ما دام المجلس قائماً ولم يصدر من المصدر ما يدل على رجوعه عن إيجابه وقد أشار بذلك الدكتور السنهورى (١) .

رابعاً ـ البقاء

والمراد به أن يظل الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول فى المجلس . فاذا سقط الإيجاب لأى سبب من الأسباب التى سنذكرها فان القبول الصادر بعد سقوطه لا ينعقد به العقد لأنه لم يتصل بإيجاب موجود .

= والتروى لطرفى العقد إذ كل طرف يستطيع بعد صدور الإيجاب والقبول التروى والتدبر فى أمر نفسه ويوازن بين مصلحته فى إتمام العقد أو فسخه قبل انفضاض المجلس .

أما الجمهور : فلم يقولوا بهذا النوع من الخيار ، بل جعلوا فترة للتروى والتأمل وهى فترة ما قبل القبول ، فى تلك الحالة يستطيع الموجب أن يرجع عن إيجابه كما أن القابل فى هذه المدة يتروى ثم يصدر القبول أو الرفض . وسموها خيار القبول .

(١) انظر الوسيط ص ٢١٣ وما بعدها .

أسباب سقوط الإيجاب:

يسقط الإيجاب لسبب من الأسباب الآتية:

١ — رجوع الموجب عن إيجابه.

٢ — خروج الموجب عن أهليته.

٣ — انقضاء مجلس العقد.

٤ — رفض الإيجاب.

٥ — هلاك محل التعاقد.

وسنتناول كل سبب من هذه الأسباب بالشرح والتوضيح.

أولا — رجوع الموجب عن إيجابه:

سبق أن ذكرنا أن الرأى الراجح هو أن القبول لا يتم على الفور، وإنما لصاحبه التأمل والتروى مادام مجلس العقد قائماً، فإذا صدر منه القبول انعقد العقد، ولكن هل للموجب أن يرجع عن إيجابه فى المجلس قبل قبول الطرف الآخر؟

اختلف الفقهاء فى ذلك: فذهب جمهور المالكية: إلى أنه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام مجلس العقد قائماً، فاذا رجع الموجب عن إيجابه ثم صدر القبول من الطرف الآخر فى مجلس العقد فإن هذا الرجوع لا يعتد به بل يلزمه العقد(١) ذلك لأنه بإيجابه قد التزم أمراً تعلق به حق

(١) فقد جاء فى مواهب الجليل للحطاب ﺟ ٤ ص ٢٤١: «أنه لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد القبول»

الطرف الآخر فلا يجوز العدول عنه مادامت الفترة المحددة — وهي مجلس العقد — لم تنته بعد .

وذهب جمهور الفقهاء : إلى أن الموجب أن يرجع عن إيجابه في أي وقت شاء ، مادام لم يصدر قبول من الطرف الآخر ، لأنهما مادا ما في مجلس العقد ، ولم يصدر من الطرف الآخر -القابل- مايدل على القبول ، فالتزام صاحب الإيجاب لم يتصل به قبول فمن حقه أن يعدل عنه قبل أن يتعلق به حق الغير محافظة على حريته الأصلية في تصرفاته (١) ولأن الإيجاب قد أثبت للمخاطب به ولاية الأخذ ، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل (٢) .

والراجح الذي نميل إليه ماذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ، لأن في هذا ضمانا وتأكيداً لحرية الموجب وحقوقه ، ولأن الرجوع لايضر القابل ، إذ لو أنه كان يبغى انعقاد العقد ويرغبه لبادر على الفور بالقبول ، كما أن للموجب حق الملكية . وللقابل حق التملك وحق الملكية اقوى من حق التملك ، فعند التعارض يقدم الأقوى (٣) . لأنه لو لم يجز للموجب الرجوع ، وهو صاحب حق الملك ، ورعاية للمتعاقد الآخر وهو صاحب حق التملك ، للزم تعطيل حق الملك بحق التملك ، أي تعطيل الأقوى

---

(١) فقد جاء في حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٢١: « الإيجاب يبطل بما يدل على الاعراض وبرجوع الموجب عنه قبل القبول وكذا معه ، فلو رجع في اللحظة التي صدر فيها القبول كان الرجوع أولى وانظر بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٣٤ ، فتح القدير جـ٥ ص ٨٨

(٢) فتح القدير ٥/٨٧ وما بعدها

(٣) لأن الملك ثابت لصاحبه أصالة ، أما حق التملك فانه لايكون للطرف الآخر إلا بعد رضاء الطرف الأول ، انظر الهداية وفتح القدير ٥/٧٨ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ٨/٢

بالأضعف وهذا لا يجوز (١)

موقف القانون :

أخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء على أنه إذا لم يحدد الموجب مدة معينة للقابل فانه يصح له الرجوع في مجلس العقد مادام لم يصدر قبول من الطرف الآخر أما إذا حدد الموجب فترة معينة للقابل فانه يلتزم بهـــا ، ولا يصح له الرجوع من إيجابه في تلك المدة ، فقد نصت المادة ٩٤ مدني على ما يأتي:

١ — إذا صدر الايجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً : وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢ — ومع ذلك يتم العقد . ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

ونصت المادة ٩٣ مدني على أنه :

١ — إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد .

٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة

ثانيا — خروج الموجب عن أهليته :

إذا صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ، وكان أهلا للتعاقد ، ثم خرج من

---

(١) انظر مصادر الحق الدكتور السنهوري ١٦/٢ وما بعدها .

هذه الأهلية ، بأن مات أو جن قبل قبول الطرف الآخر ، فهل سيبقى إيجابه قائماً ؟

ذهب جمهور الفقهاء (١) إلى أن خروج الموجب عن أهليته قبل قبول الطرف الآخر مسقط للإيجاب ، فلو قبل الطرف الآخر بعد ذلك لا يتم العقد ، لأن قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، إذ العقد لا يتم إلا بارتباط الإيجاب والقبول ، وبخروج الموجب عن الأهلية صار الايجاب الصادر منه كأن لم يكن ؛ فاذا جاء القبول من الطرف الآخر بعد ذلك لا يكون هناك إيجاب يرتبط به ، لأن الارادة وإن خرجت من صاحبها تظل لصيقة به تموت معه وتزول بفقده لأهليته ولا تنتقل إلى خلف صاحبها .

كما أن الآثار المقصودة للمتعاقدين والتي أقرتها الشريعة إنما تترتب على العقد المؤلف من إيجاب أحدهما وقبول الآخر ، فاذا كان الموجب غير صالح حين إنشاء القبول ، سقط إيجابه عن الاعتبار (٢) .

وذهب الاباضية (٣) إلى أن الايجاب لا يسقط بل يظل قائماً - ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه رغم وفاة صاحبه أو فقده لأهليته ، لأن صاحب الايجاب قد انفصل عن صاحبه - الموجب - يكون له وجود مستقل فيجب تبعاً لذلك أن ينتقل إلى الوارث بالحالة التي كان عليها ، وأن لمن انتقل

---

(١) فقد جاء في الفتاوى الهندية ، ج٣ ص٧ : « ويشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل الإيجاب » كذا في النهر الفائق .

(٢) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ٣ / ٢٦٥ ، التعبير عن الإرادة للدكتور وحيد سوار ص ١٠٩ والأموال ونظرية العقد للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٩٢ ، مغني المحتاج ٢/٦ .

(٣) الاباضية : فرقة من الخوارج .

إليه أن يرجع عنه مادام القبول لم يقترن به ، فاذا حـــدث القبول انعقد العقد (١) .

موقف القانون :

نصت المادة ٩٢ من القانون المدنى على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

فيستخلص من هذه المادة ومما قاله شراح القانون . أن الايجاب لا يبطل بموت الموجب أو بفقده اهليته قبل قبول من وجه إليه الايجاب ، وإنما ينتقل إلى من يقوم مقامه فى ذلك (٢) بالصفة التى كان بها عند الموجب، فان كان الايجاب ملزماً انتقل إليه بنفس هذه الصفة ، وإن كان غير ملزم انتقل اليه بهذه الصفة كذلك (٣) .

ثالثاً — انقضاء مجلس العقد :

اذا صدر ايجاب فى مجلس العقد ، ولم يصدر قبول من الطرف الآخر ،

---

(١) فقد جاء فى كتاب النيل ٢/ ١١ : « واذا تجنن مشتر قبل قبول علق البيع وخليفته بمقامه ان كانت ، والا أجبر أولياؤه باستخلاف عليه ان طلب البائع فى الأظهر . وان مات فوارثه بمقامـــه ، وجاز قبوله أن ارتد أيام استتابته وبعدها اما مسلم أو مقتول ، أن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو آلة ضرب » . وكذا اذا مات البائع أوفقد أهليته قبل قبول المشترى لم يسقط الايجاب وكان للمشترى أن يقبل البيع بالرغم من ذلك .

(٢) وهم الورثة فى حالة الموت ، والقيم فى حالة فقدان الأهلية .

(٣) أنظر : الوسيط « مصادر الالتزام » ص ١٨٥ وما بعدها ، النظرية العامة للالتزامات ١/ ١٥٥ .

قلنا ان هذا الايجاب يظل قائما حكما مادام مجلس العقد قائما ، فإذا انتهى هذا المجلس دون صدور قبول من الطرف الآخر فهل يسقط الايجاب..؟

اتفق الفقهاء على أن مجلس العقد ، اذا انتهى انتهاء حسيا ، كتفريق العاقدين بحيث لا يسمع أحدهما كلام الآخر ، أو معنويا ، بأن أعرض العاقدان أو أحدهما عن موضوع التعاقد، ولم يصدر قبول من الطرف الآخر بأن الايجاب يسقط ويعتبر كأن لم يكن.

وبذلك قال رجال القانون ما لم يتفق على مدة معينة ، فان اتفق عليها لا يسقط الايجاب بانقضاض المجلس .

رابعا رفض الايجاب :

اتفق الفقهاء على أن الايجاب يسقط ويعتبر كأن لم يكن اذا رفضه الطرف الآخر صراحة كما اذا قال لا أوافق على هذا أو انى أرفضه ولا أرغب فيه ، أو ضمنا كما لو قال الموجب لشخص بعت لك سيارتى بألف فانشغل هذا الشخص فى حديث آخر لا يتصل بموضوع العقد ، فان هذا ينبىء عن رفضه العقد فاذا صدر قبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد بل لا بد من ايجاب جديد (١) .

خامسا — هلاك المحل :

اذا هلك محل التعاقد أو تغير من حال الى حال ؛ قبل صدور قبول من الطرف الآخر فما حكم الايجاب ؟

---

(١) جاء فى ابن عابدين : ٤ / ٢٩ : « قال فى البحر والحاصل أن الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض وبرجوع أحدهما عنه» انظر فى ذلك أيضا : الحطاب ٤ / ٢٤ فتح القدير ٥ / ٧٨ .

اتفق الفقهاء على أن الايجاب يسقط بهلاك محل التعاقد أو تغييره قبل أن يصدر القبول ، وذلك كما لو باع عصيراً ، فسكت المشترى حتى تخمر ثم تخالل ثم قبل لم ينعقد العقد ، ذلك أن الايجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ، والمبيع قبل تمام العقد أصبح خلا ، فلا يتم العقد ، لأن بقاء المحل على حالته التى كان عليها وقت الايجاب شرط فى بقاء هذا الايجاب منتجا لآثاره وصالحا لاتصال القبول به (١)

موقف القانون :

يقول الدكتور السنهورى . « ويمكن قبول هذا الحكم فى الفقه الغربى لأنه لا يخالف أصوله ، وإن لم يمكن موضع ذكر خالص فى هذا الفقه » .

الأرادة الظاهرة ، والأرادة الباطنة :

من المتفق عليه أن كل عاقد لا بد أن يكون له نية ـ ارادة ـ ولما كانت هذه النية خفية باطنة ، قائمة بالنفس ، كان لا بد لها من مظهر وكاشف يفصح عنها بوسيلة من وسائل الأظهار كالعبارة أو الكتابة أو الأشارة ، أو نحو ذلك، ويسمى هذا بالأرادة الظاهرة التى تحصل دليلا على تحقق الأرادة الباطنة عند العاقد ، فاذا صدر ايجاب من أحد العاقدين، وقبول من المتعاقد الآخر انعقد العقد على أساس أن العاقدين قد رضيا به فى الباطن وأظهراه فى الظاهر بالأيجاب والقبول .

---

(١) فقد جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص٨ : « ولابد من كون القبول قبل تغير المبيع ، كذا فى البحر الرائق فلو باع عصيراً ، فلم يقبل المشترى حتى تخمر ثم تخلل ثم قبل المشترى ، لم يجز . وكذا لو ولدت الجارية ، ثم قبل المشترى وكذا لو باع عبدين ، فلم يقبل المشترى حتى قتل أحدهما فقبض البائع الدية ، ثم المشترى ... هكذا فى التتار خانية » .

ومن هذا يتضح أن كل عاقد لابد له من نية — وهى ما تسمى بالإرادة الباطنة — وأنه لابد له من الافصاح عنها بوسيلة من وسائل الإظهار — وهى ما تسمى بالارادة الظاهرة ، وإن إرادته الباطنة فى الحقيقة هى أساس إنشاء العقود ، وأن وسيلته فى الافصاح عنها ما هى إلا مظهرها وصورتها فى الخارج ، ولكن لما كانت الارادة الباطنة خفية فى داخل النفس، ولا سبيل إلى معرفتها إلا من جهة صاحبها بما يصدره من أقوال أو أفعال تدل على حقيقة ما يبطنه لم يمكن فى الاعتماد عليه شرعاً فى إنشاء العقود . ووجب لهذا أن يكون المرجع والمناط إلى إرادته الظاهرة التى يكشف بها عما خفى فى باطنه ، لأنه أعرف الناس به من غيره .

وعلى هذا إذا وجدت الارادة الباطنة وحدها لا يكون لوجودها أثر فى انعقاد العقد ، وترتب آثاره عليه ، فلو عزم شخص على بيع شىء من ماله ولم يوجد ما يظهر هذا العزم من قول أو فعل ونحوهما ، لا يكون لعزمه هذا أثر فى انعقاد العقد ووجوده ، كذلك لو نوى وقف شىء من أمواله لم يلزمه هذا الوقف ، مادام قد وقف عند مجرد النية ولم يظهرها : ومن عزم فى نفسه طلاق إمرأته وأصر على نيته دون أن يظهر هذه النية الجازمة لا يقع طلاق لهذه النية المجردة(١) .

وإذا كان انعقاد العقد لا يتم إلا بالارادة الظاهرة — باعتبارها إظهار للارادة الحقيقية — دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الباطنة ، ما دامت تلك الارادة مستورة لا يوجد دليل بنفسها ، فتبقى الارادة الظاهرة هى المنفردة فى ميدان البيان .

أما إذا ظهر أن الارادة الظاهرة غير معبرة تعبيراً صحيحاً عن الارادة الباطنة

---

(١) وفى هذا المعنى يقول الامام ابن تيمية فى مختصر الفتاوى ص ٥٤٧ — « إذا نوى (رجل) طلاق زوجته لم يقع بمجرد النية طلاق باتفاق الفقهاء

ومخالفة لها(١) ، فأى الارادتين أولى بالاعتبار ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول : للفقهاء فى ذلك آراء تختلف باختلاف الحالات التى يحصل فيها هذا التخالف ونبينها على الوجه التالى .

١ — أن تصدر العبارة — الأرادة الظاهرة — عن يقصد التلفظ بها ويفهم معناها ، ولكنه لا يريد إنشاء العقد الذى تدل عليه . وإنما يريد غرضا آخر ؛ لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم عبارة الهازل ، هل ينعقد بها العقد أم لا؟

ذهب الشافعية . إلى أن عبارة الهازل تصلح لانشاء العقود ، وترتب جميع الآثار عليها بلا فرق بين عقد وآخر ، لأن الهازل قاصد لهذه العبارة ، وعالم بما يدل عليه من معنى ، فكانت سببا صحيحاً لانشاء العقد ، ومتى وجد السبب ترتب عليه مسببه وهو انعقاد العقد ولأن الاتفاق على الهزل بمنزلة

---

(١) ذلك أن الأرادة الظاهرة إن وافقت الأرادة الباطنة انعقد العقد . وإن وجدت أحداهما فقط فلا يكون لوجودها أثر فى انعقاد العقد .

(٢) فالهازل : هو من يقصد العبارة التى تصلح لانشاء العقد ، مع علمه بمدلولها ، ولكنه لا يقصد إنشاء العقد ، وإنما يريد غرضاً آخر هو اللعب واللهو كمن يقول لآخر بعتك دارى بألف جنيه ، وهو لا يقصد إنشاء العقد ولكن تقوم القرائن على أن كل قصده هو اللعب واللهو وذلك إما بتصريح مقارن للعقد بأنه هزل وإما بمواضعة سابقة من الطرفين على أن العقد الذى سيعقد أنه هو هزل وأما بقرائن الحال التى تدل على أن المتكلم هازل .

الشرط المتقدم على العقد ، والشرط المتقدم على العقد لا يؤثر فيه (١) .

وذهب بعض المالكية : الى أن عباره الهازل لا تصلح لانشاء أى عقد من العقود ، وبالتالى لا يترتب عليها التزام ،ولا يستثنون من ذلك شيئاً(٢) فزواج الهازل وطلاقة وبيعه واجارته وسائر عقود. ملغاة اذا وجدت القرينة الدالة على الهزل ؛ لأن الهازل قد قامت القرينة على أنه لا يريدبعبارته أنشاء العقد ، فانتفت الاراده التى هى الأصل فى انشاء العقود فانعدم العقد.

وذهب بقية الفقهاء : الى أن عباره الهازل لا تصلح لانشاء العقد، ولا يترتب عليها التزاماً ، لعدم وجود الاراده التى لابد منها لوجود العقد إلا فى العقود التى ورد النص باستثنائها ، صيانة لها عن الهزل وادعائه ، واعتبر التلفظ بها دليلا على الرضا وهى الزواج والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، واليمين .

فقد ورد ما يؤيد انعقاد العقد مع وجود الهزل لقول الرسول ﷺ : ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : و الزواج والطلاق والعتاق ، وقد زادت بعض الروايات الرجعة كما زادت بعضها اليمين .

(ب) عباره المكره :

اذا أكره شخص على انشاء عقد من العقود ، فنطق بالعباره التى يتم بها العقد ، فهل ينعقد العقد بها أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين .

---

(١) نهاية المحتاج ٨٢/٦

(٢) أى سواء أكان العقد فيه حقاً لله تعالى كالزواج والطلاق ، أم لا كالبيع والاجاره

القول الأول : أن العقد لا ينعقد بعبارة المكره(١) ، وأنه لا يترتب عليها أى أثر شرعى ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء(٢) .

ووجهتهم فى ذلك : قول الرسول ﷺ : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »(٣)

فالحديث يدل دلالة قاطعة على أن الله قد رفع عن أمة محمد عليه السلام حكم ما استكرهوا عليه ، وبالتالى يكون كل ما صدر عن إكراه غير صحيح . يؤيد ذلك أن لفظ (ما) الوارد فى الحديث يفيــــد العموم ، فيكون كل تصرف وقع نتيجة الإكراه مرفوعاً ، ولا عبرة به .

ولأن المكره ليس مختاراً فى النطق بالعباره ، لعدم رغبته فى الآثار التى تترتب على العقد ، بل قصد فقط دفع الأذى عن نفسه ، فإرادة المكره غير موجودة ، وقصده معدوم ، فلا يعتد بالعبارة الصادرة منه كالنائم والمجنون

القول الثانى : عبارة المكره تصلح لانشاء العقود كلها بلا فرق بين العقود التى فيها حق الله تعالى وبين غيرها ، إلا أن العقد إذا كان من النوع الأول كان صحيحاً ، ومترتباً عليه أثره ، وإن كان من النوع الثانى كان فاسداً ولا يترتب عليه أثر .

---

(١) الاكراه فى اللغة . حمل الغير على أمر لا يرضاه انظر المصباح المنير ح٢ص٧٣٤ وجاء فى المعجم الوسيط ح٢ص ٧٩١ و الأكراه : حمل الانسان على ما يكره قهراً .

وعند الفقهاء : حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ، ويصير الغير خائفاً به ، فائت الرضا بالمباشره انظر كشف الأسرار للبزدوى ح٤ص٣٨٣ .

(٢) فقد جاء فى نهاية المحتاج ح٣ص ٣٧٢ . « وعدم الأكراه بغير حق فلا يصح عقد مكره فى ماله بغير حق لعدم الرضا » .

(٣) سنن ابن ماجه ص٦٥٩ط عيسى الحلبى ،

ذهب إلى ذلك الأحناف(١) ، لأن الرضا شرط فى صحة العقود التى ليس فيها حق الله تعالى ، وليس بشرط فى العقود التى فيها حق الله تعالى والمكره مختار لقصد العبارة المنشئة للعقد والتلفظ بها ، ولكنه غير راض بها ، فينعقد العقد إذا كان فيه حق الله ، ولا ينعقد غيره .

والراجح : ماذهب إليه الجمهور ، لأن إيجاب العقد أو قبوله ليس معبراً تعبيراً صحيحا عن رغبته وإرادته ، وبالتالى فلا ينشأ عنه أى عقد أو التزام .

وبهذا القول أخذت المحاكم الشرعية حيث جاء فى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ : « أن طلاق المكره لا يقع » .

٢ - أن تصدر العبارة — الإرادة الظاهرة — ممن يقصد التلفظ بها ، ويفهم معناها ، ولكنه لا يريد إنشاء العقد الذى تدل عليه ، وإنما يريد غرضا آخر وهذا الغرض لا يحتاج فى تحققه إلى إنشاء هذا العقد — كقراءة نص للتعلم أو التعليم أو الحكاية مثلا ، فى هذه الحالة لا يوجد العقد الذى تدل عليه هذه الألفاظ لأنه لم يقصد إنشاء التعقد، وهذا باتفاق الفقهاء دون تفرقة بين عقد وآخر(٢) .

وفى ذلك يقول الطحاوى : « طلاق المكره لازم كطلاق سواه ممن ليس بمكره » ويقول فى موضع آخر : « ومن أكره على عتق عبد ، أو على طلاق زوجته ، ففعل ذلك جاز عليه مافعله منه ، ومن أكره على مراجعة امرأة كان قد طلقها، حتى راجعها كانت مراجعة ، ومن أكره على بيع عبده، فباعه لم يجز بيعه اياه ... ولا يشبه البيع ماذكرناه قبله من الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة ، لأن البيع قد ينتفى بالعيوب، ويرد بخيار الشرط والرؤية فكذلك يرد الإكراه ، والطلاق والعتاق والنكاح والرجعة لا يرددون بشىء مما ذكرناه ولا مما سواه .

(٢) ومن هذا القبيل عبارات الممثلين التى تجرى على ألسنتهم حكاية للحوار الذى جاء فى القصة على لسان أصحابها: فاذا قال الممثل فى حالة التمثيل لامرأة أمامه أتزوجك =

٣ — أن تصدر العبارة — الإرادة الظاهرة — عمن لا يقصد النطق بها مطلقا ، كالألفاظ التي تصدر من المجنون والصبي غير المميز والنائم ، فقد اتفق الفقهاء على أنه لو صدرت من هؤلاء عبارة تدل على إنشاء عقد فإن العقد لا ينعقد لإنعدام الإرادة الباطنة والرضى الخفي ، وإن ما صار من عبارات ما هو إلا مجرد كلمات ملفوظة فلا ينشأ بها عقد .

ومن هذا النوع عبارة السكران بمحرم ، وقد وقع بشأنها خلاف بين الفقهاء فيرى الجمهور مؤاخذته بعبارته وترتب الآثار عليها فإذا طلق أو أجر أو باع وغير ذلك من العقود ، فإن العقد ينعقد ، عقوبة له وقصداً إلى زجره .

وخالف في ذلك بعض المالكية والحنابلة وآخرون من غيرهم ، فجعلوه كالمجنون لا يترتب على عبارته أي التزام ولا ينشأ عنها أي عقد ، وبهذا أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية « المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ »

٤ — أن تصدر العبارة — الإاردة الظاهرة — عمن يقصد التلفظ بها ولكن من غير فهم لمعناها ، كمن يتلفظ بألفاظ لغة غير لغته ، من غير فهم لمعانيها ، وفي هذه الحالة لا يترتب على هذه العبارة أي التزام ولا أثر ، لأن الإرادة غير موجودة عند من نطق بهذه العبارة .

٥ — أن تصدر العبارة — عمن يقصد النطق بها وإنشاء العقد ولكنه لا يريد منه الغرض المقصود من تشريعه ، وإنما يقصد غرضاً آخر لا يمنعه الشرع وذلك

= فقالت وزوجتك نفسي فإن هذا العقد وإن كان تم بإيجاب وقبول عبارة تدل على انشائه إلا أنه لا ينعقد وذلك لأن من صدرت منه العبارة في هذه الحالة لا يقصد بها إنشاء العقد وإنما قصد شيئاً آخر هو التمثيل .

كن يتزوج امرأة ليستعين بمالها فى التجارة ، أو لتشرف بالانتساب إلى أسرتها فنى تلك الحالة ينعقد العقد ، لأن العبارة صحيحة وتوجد إرادة باطنة عليها .

٦ — أن تصدر العبارة ـ ممن يقصد النطق بها وإنشاء العقد ، ولكنه لا يقصد بإنشائه تحقيق الغرض الذى شرع من أجله ؛ وإنما يقصد غرضا قد حرمه ، الشرع وأمثلة هذا النوع كثيرة منها : بيع العنب لمن يعصره خمراً (١) والبيع الذى يقصد من التعامل بالربا (٢) ، وبيع السلاح للكفار أو لقطاع الطرق والتزوج من امرأة لإحلالها لزوجها الأول (٣)

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه العبارة ، فذهب الشافعى وبعض الفقهاء إلى صحة العبارة وترتيب أثرها عليها ، ما دام الغرض المحرم لم يصرح به فى صيغة العقد وإن كان معلوما للعاقدين ، لأن المدار على العبارة الظاهرة وهى سليمة ، أما النيات فأمرها متروك إلى الله وتستوجب إثم صاحبها .

وذهب آخرون منهم الحنابلة إلى عدم الاعتداد بهذه العبارات وعدم إنشاء العقد بناء عليها ما دام المقصد غير مشروع .

---

(١) فالبيع أصلا مشروع ولكنه يتخذ هنا وسيلة إلى محرم وهو الخمر ، ولم يقصد الشارع بعقد البيع ذلك ، فكان قصد العاقد منافياً لقصد الشرع.

(٢) هذا النوع له أمثلة كثيرة منها . أن يبيع شخص لآخر سلعة بمائة جنيه مؤجلة ثم يشتريها منه بثمانين حالة . فصاحب السلعة أعطى المشترى ثمانين حالة ليأخذ بدلها مائة عند حلول الأجل .

(٣) وذلك كما إذا طلق الرجل امرأة ثلاثا ، وأراد أن يتزوجها فلا تحل له إلا بعد أن تتزوج آخر . فاذا تزوج الآخر المرأة المطلقة لا ليعيشا معاً ويكونا أسرة كما هو المقصود من الزواج ، بل ليحلها لزوجها الأول . فان العبارة وإن كانت قد وضعت فى الأصل لإنشاء عقد الزواج الذى أحله الله لا أن العاقدين قد استعملاها وقد قصدا بها غرضاً غير مقصود للشارع .

الارادة المنفردة وتكوين العقد

علمنا مما سبق أن العقد : توافق ارادتين على إحداث أثر قانونى معين فهل يمكن للارادة الواحدة أن تحدث مثل هذه الآثار ؟

وللاجابة على هذا التساؤل نقول :

اتفق الفقهاء على أن الارادة الواحدة تنشيء الالتزامات التى لا تتوقف على الالتزام من جانب آخر وذلك كالطلاق ، والابراء ، والوصية والوقف والجعالة (١) واليمين (٢) .

أما بالنسبة لانعقاد العقد بمعناه الخاص بالارادة الواحدة ، فإن هذه العبارة قد تكون فى حكم عبارتين ، وذلك اذا صدرت من شخص له صفتان كما اذا وكل شخص غيره ليبيع له شيئاً ووكله آخر فى أن يشترى له شيئاً مما هو وكيل فى بيعه فهو وكيل عن الراغب فى البيع وعن الراغب فى الشراء ، فهل ينعقد العقد فى تلك الحالة .

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه يصح التعاقد بإرادة واحدة فى جميع العقود ، ما دام صاحب صفة شرعية من الجانبين .

---

(١) الجعالة : هى ــ أن يلتزم شخص بارادته وحده بجعل أو مال معين لمن يقوم له بعمل معين كأن يقول من فعل لى كذا فله عندى كذا .

(٢) وهو الحلف بالتزام فعل أو تركه فانه يتحقق بمجرد صدور العبارة من الحالف من غير توقف على شىء آخر لأن مصدرها هذا الالتزام هو ارادته وحدها

ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة .

وحجتهم فى ذلك . أن إرادة العاقد هنا تمثل إرادتين ، وعبارته تمثل عبارتين لأنها صادرة من شخص ذى صفتين ، فينعقد بها العقد .

القول الثانى : أنه لا يصح التعاقد بإرادة واحدة ، وشخص واحد فى جميع العقود ذهب إلى ذلك الإمام الشافعى(١) وزفر .

وحجتهم فى ذلك : أن العقد هو إيجاب من أحد العاقدين ، وقبول من المتعاقد الآخر ، وكل من الإيجاب والقبول يعبر عن إرادة التعاقد فى إنشاء العقد ، وهذا يقتضى وجود عاقدين مختلفين لا عاقد واحد .

القول الثالث : أن عقود الزواج يصح انعقادها بعبارة واحدة عن له صفة بالنسبة لطرق العقد — كأن يكون أصيلا أو ولياً أو وكيلا — أما عقود المعاوضات المالية فلا يصح أن يتولى طرفيها عاقد واحد .

ذهب إلى ذلك الحنفية عدا زفر .

وحجتهم فى ذلك . ما روى أن الرسول ﷺ قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ فقال نعم وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ فقالت : نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه(٢) » .

---

(١) غير أن الإمام الشافعى قد استثنى صورة واحدة يصح فيها العقد بعبارة واحدة من شخص واحد ، وهى — ما إذا زوج الجد حفيديه أحدهما الآخر بأن يزوج بنت ابنه لابن ابنه المتوفى كذلك . لأن ولايته هنا متعينة إذا كان لابد من الولى . انظر نهاية المحتاج ١٩٣/٥ ، بدائع الصنائع ٢٣٢/٢ ، الزيلعى ١٢٢/٢ .

(٢) مسند أبى داود .

فدل ذلك على انعقاد الزواج بالعبارة الواحدة ، إذ العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصيل ومعبراً عنه ، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين أما عقود المعاوضات المالية كالبيع وغيره فإن حقوق العقد وآثاره ترجع للعاقد نفسه فلا يصح أن يتولاه عاقد واحد ، إذ لا يتصور أن يكون شخص واحد مملكا ومتملكا فى آن واحد .

أما إذا لم تكن العبارة فى حكم عبارتين ، وإنما هى عبارة واحدة عن شخص واحد ، فإن العقد لا ينعقد بها ، بل لا بد لتحقيقه من توافق إرادتين .

أما فى القانون : فقد نصت المادة ١٠٧ مدنى : « بأنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

اقتران الصيغة بالشروط وأثره فى العقد

عرفنا مما سبق أن العقد ينشأ بارادة المتعاقدين متى صدر منهما ما يدل على ذلك ، ويترتب على ذلك آثار معينة ، لكل عقد من العقود ، لأن الشارع جعل لكل عقد من العقود أحكاماً معينة ، وآثاراً تترتب عليه ، فاذا تمت صيغة البيع بين البائع والمشترى بأى وسيلة من وسائل التعبير عن ذلك وانعقد العقد وترتب عليه ملكية المبيع الى المشترى ، واستحقاق البائع لثمن المبيع ، ووجب على المشترى تسليم الثمن الى البائع ، كما وجب على البائع تسليم المبيع الى المشترى بمجرد تسليم الثمن .

ولكن قد يرى المتعاقدان أن تلك الآثار التى رتبها الشارع غير وافية بحاجتهما ، ولا تحقق اغراضهما من العقد ، فهل يصح لهما أن يشترطا فى العقد شرطاً يعدل هذه الآثار التى أقرها الشارع بالزيادة أو النقصان ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك :

١ — ذهب الأحناف الى أن الشرط الذى يقترن به العقد ثلاثة أقسام . شرط صحيح وشرط فاسد ، وشرط باطل .

فالصحيح : ما كان مقتضى العقد أو مؤكداً لمقتضاه ، أو ما جاء به شرع أو ما جرى به عرف .

وذلك كأن يشترط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل تسليم المبيع وكاشتراط البائع على المشترى تقديم كفيل أو رهن بالثمن اذا كان الثمن مؤجلا وكاشتراط الخيار لكل من المتبايعين ، وكاشتراط المشترى على البائع أن يتعهد بإصلاح المبيع مدة معينة ، ضماناً لصلاحها ونفعها .

فمثل اشتراط هذه الشروط ملزم والعقد معه صحيح لأنه فى المثال الأول اشترط شرطاً يقتضيه العقد بطبيعته ، من غير حاجة إلى اشتراط . وفى المثال الثانى اشترطا شرطاً يلائم [illegible] العقد . وفى المثال الثالث اشترطا شرطاً أجازه الشرع وفى المثال الرابع اشترطا شرطاً اعتاده الناس وجرى العرف به

والفاسد : هو مالا يقتضيه العقد ، ولا يؤكد ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ولم يجر به العرف ، وكان فيه تحقيق لمصلحة أحدهما ، أو لمصلحة شخص آخر غير المتعاقدين كأن تشترط امرأة على زوجها فى عقد الزواج ألا ينقلها من بلدها ، وكأن يشترط على من يشترى داره أن يتركه ساكناً فيها مدة من الزمان .

فمثل اشتراط هذا النوع من الشروط إذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات المالية — كعقد البيع ، والإجارة والمزارعة — أفسده وفسد معه لأن هذه الشروط التزام غير مشروع ، وإذا كانت كذلك لم يكن لها اعتبار فى نظر الشرع : وإذا لم يكن لها اعتبار فى نظر الشرع كانت باطلة .

ولما كانت عقود المعاوضات المالية تقوم على الموازنة بين العوضين . وقد تحقق الرضا بالعقد على أساس هذا الشرط ، فاذا حكم بفساد العقد كان من العدل الحكم بفساد العقد لعدم تحقق الموازنة بين العوضين فيفوت رضاه به .

أما إذا اقترن هذا النوع من الشروط بعقد ليس من عقود المعاوضات المالية كعقد الزواج . فان هذا الشرط يكون فاسدا غير مفسد للعقد ، لأن مثل هذا النوع من العقود لا يقوم على الموازنة بين العوضين ، فينعقد العقد ويلغو الشرط (١)

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٢٩٦

والباطل : هو — الذى لا يقتضيه العقد ، ولا يؤكد ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولم يجر به العرف وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا غيرهما . وذلك كأن يشترط البائع على من يشترى داره ألا يسكنها المشترى ولا أولاده فمثل هذا الشرط ملغى ولا يؤثر فى العقد سواء أكان عقد معاوضة أم لا ، لأن الشرط لما خلا عن الفائدة لم يفت الرضا (١)

٢ — وذهب الظاهرية إلى منع العاقدين من اشتراط أى شرط إلا إذا ورد بهذا الشرط نص من الشارع (٢) ، فالشروط عندهم شروط صحيحة وشروط باطلة .

فالشروط الصحيحة : هى التى ورد النص من الشارع بجوازها فيلزم الوفاء بها مثل اشتراط تأخير الثمن إذا كان دراهم أو دنانير إلى أجل مسمى .

أما الشروط الباطلة فهى كل شرط لم يرد به نص من قرآن أو سنة يدل على جوازه واعتباره ، فاذا اقترن شرط من هذا النوع بالعقد أبطله مطلقاً لقول الرسول ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وإذا بطل الشرط ، بطل كل ما لم يعقد إلا به (٣)

٣ — وذهب الحنابلة : إلى جواز اشتراط أى شرط يشترطه المتعاقد ، مالم

---

(١) فقد جاء فى المبسوط جـ ١٣ ص١٥ : « وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط ألا يبيع لأنه لا يطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والبيع صحيح »

(٢) فقد جاء فى كتاب المحلى جـ ٩ ص ٤٠٩ : « فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته »

(٣) المحلى جـ ٩ ص ٤٠٩

يرد نهي من الشارع عنه، فاذا اشترطت الزوجة بقاءها في بلدها أو اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها صح العقد ووجب الوفاء بالشرط، لأن هذه الشروط لم يرد نص من الشارع بتحريمها(١) والرسول ﷺ يقول «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا».

---

(١) انظر الشرح الكبير ج ٢ ص ١٤٠، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٤، منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٥ وقد جاء في فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٣٢٦ وما بعدها «إن الأصل في العقود والشروط في الجواز والصحة، ولا يحرم، ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول».

اتصال آثار العقد بالصيغة

لما كانت صيغة العقد هى الكاشف عن رغبة المتعاقد فى الوصول إلى الأثر الذى رتبه الشارع ، كما أنها هى التى تدل على الوقت الذى يرغب ظهور الحكم فيه ، فإن هذه الصيغة قد تكون منجزة يراد بها إيجاد العقد وترتب آثاره عليه فى الحال ، وقد تكون منشئة للعقد فى الحال ولكنها تؤخر آثاره إلى المستقبل ، وقد تكون معلقة يراد بها تعليق وجود العقد على أمر يحتمل الحصول فى المستقبل ، وترتيب آثاره عليه عند وجوده .

ولذلك تنقسم العقود باعتبار هذا الى ثلاثة أقسام ، عقد منجز ، وعقد مضاف ، وعقد معلق .

فالعقد المنجز : هو الذى تكون صيغته دالة على إنشائه وامضائه من حين صدوره . مايوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليها .

وهذا لا يكون إلا إذا كانت الصيغة خالية من الإضافة إلى زمن مستقبل ولم تعلق على وجود شىء سيوجد فى المستقبل ، وإن كانت مقيدة بشرط لا يمنع صحته ، لأن التقيد لا يمنع التنجيز ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد(١) :

---

(١) انظر المدخل للدكتور محمد مصطفى شلبى / ٥١٨ ، والدكتور محمد سلام مدكور / ٦١١ .

وذلك كما إذا قال اشتريت منك الدار بألف جنيه على أن أدفع لك الثمن بعد شهرين ، ويقبل البائع ذلك فان هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد البيع من وقت صدوره وترتب آثاره عليه فى الحال .

وحكمه : ترتب الأحكام والآثار عليه فى الحال ، مادام مستوفياً لأركانه وشروطه وذلك كأن يقول شخص لآخر بعتك هذه الدار بألف وقبل الآخر أو تقول تزوجتك على مهر قدره كذا فيقول قبلت .

فإن البيع فى المثال الأول ينعقد فى الحال : وتترتب عليه أحكامه وآثاره عقب القبول مباشرة وكذلك فى المثال الثانى النكاح ينعقد وتترتب عليه الآثار فى الحال .

والأصل فى العقود أن تكون منجزة . لأن العاقد لا يقصد العقد إلا رغبة فى أثره ولذلك كانت جميع العقود قابلة للتنجيز ما عدا عقدين لهما طبيعتهما الخاصة ، وهما الوصية(١) والإيصاء(٢) .

العقد المضاف : هو الذى تدل صيغته على إنشائه فى الحال على ألا يترتب عليه من حكمه إلا فى زمن مستقبل يضيفه إليه مثل أن يقول أجرت لك هذا البيت ابتداء من الشهر القادم . ويقبل الطرف الآخر . فإن هذا العقد يتم فى الحال ولكن آثاره لا تبدأ إلا فى الزمن المقبل الذى أضيف إلى العقد .

حكمه : أنه ينعقد فى الحال ، ولكن لا يترتب عليه حكمه إلا عند مجىء الوقت الذى أضيف إليه .

أما العقود بالنسبة للاضافة - فتنقسم - فى المذهب الحنفى - إلى ثلاثة أقسام :

---

(١) الوصية : هى - « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الموصى به عيناً أم منفعة » مثل أن يقول أوصيت لفلان بألف جنيه فإن هذا لا ينفذ إلا بعد الوفاة لأن طبيعته تقتضى ذلك . انظر حاشية ابن عابدين ٥/٤٥١ .

(٢) الإيصاء : هو أن يختار الإنسان شخصاً يتولى أمور أولاده المالية بعد وفاته . كأن يقول : جعلت فلاناً وصياً على ابنى (فلان) القاصر فإن هذا لا ينعقد إلا بعد الوفاة .

١ — عقود لا تكون إلا مضافة . وهى العقود التى تقضى طبيعتها ذلك كالوصية والإيصاء ، فان طبيعتهما تستلزم أن آثارهما لا تكون إلا بعد الموت سواء ظهرت الإضافة أو لم تظهر .

٢ — عقود لا تقبل الإضافة : — وهى التى تفيد تملك الأشياء فى الحال كالبيع والهبة والإبراء من الدين ، والصلح على مال ، والزواج ، والرجعة ، أو الشركة (١) لأن هذه العقود قد شرعت لترتيب آثارها فى الحال ، وتأخير الحكم عنها يكون اهمالا لها ، وابقاء لها من غير عمل مدة من الزمن ، وهذا يتنافى مع ما جعله الشارع لها من افادة الأثر فى الحال .

٣ — عقود مرنة : تارة تكون منجزة ، أى يترتب أثرها عليها فور الانتهاء من الصيغة ، كما يمكن اضافتها الى زمن مستقبل ، بالتشريع فى صيغة العقد بذلك كالكفالة والحوالة من عقود الالتزام ، لأن طبيعتها أنها لا تفيد أثرها فى الحال .

وكالاجارة والمزارعة والمساقاة من عقود المنافع لا توجد دفعة واحدة كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه من عقود الاسقاطات فلا مانع من أن ينتهى قبله .

وكالوكالة والقضاء من عقود الاطلاقات .

فهذه الأنواع من العقود يمكن أن تكون منجزة أى يترتب عليها آثارها

---

(١) وقد وضع الفقهاء قاعدة وهى : « كل ما أمكن تمليكه فى الحال لا يصح تعليقه على شرط ولا اضافته الى زمن إلا عقدى الوصية والايصاء

فور الانتهاء من الصيغة ، كما يمكن إضافتها وتأخير آثارها إلى الزمن المقبل ولا بد لكي تكون مضافة من التصريح بذلك فى صيغة العقد .

العقد المعلق : هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها ، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق (١) على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بوجود أمر مستقبل ، بحيث إذا وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده ، ولم يوجد ذلك فلا يوجد العقد .

هذا ولا بد لتحقيق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمراً ممكناً مشروعا أى محتملا أن يكون وألا يكون ، فلو كان متحقق الوجود لم يكن التعليق حقيقياً بل كان صوريا وكان العقد منجزاً ، كأن تقول لآخر إن نجحت فى الامتحان فأنت وكيل عنى فى كذا ، وتكون النتيجة قد ظهرت فعلا ونجح .

أما إذا كان المعلق عليه غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فإن العقد لا ينعقد أصلا كأن تقول لآخر إن شربت ماء النيل كله فأنت وكيلى فى كذا أو إن حملت جبل المقطم على رأسك فأنت وكيل لى فى كذا . فنى كل هذا لا ينعقد العقد لاختلال الشرط .

والعقود بالنسبة لقبول التعليق تنقسم فى المذهب الحنفى إلى ثلاثة أقسام :

١ — عقود لا تقبل التعليق مطلقاً أى سواء أكان الأمر المعلق ملائماً للعقد أم كان غير ملائم — وهى عقود التمليك وما أشبه التمليك من الإسقاطات كالوقف وعقود التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل . فاذا قال شخص لآخر

---

(١) مثل إن وإذا ، وإذ ما وكل وكلما ونحو ذلك .

بعتك دارى هذه إن باعك فلان داره ، أو إذا قالت امرأة لرجل : زوجتك نفسى إذا عينت فى وظيفة كذا ، فان العقد فى هذين المثالين لا ينعقد ، لأن هذه العقود قد شرعت لترتيب آثارها فى الحال ، ولا يتفق مع ذلك تعليقها على أمر مستقبل مطلقا .

٢ — عقود تقبل التعلق على أى شرط ، سواء أكان الشرط ملائما أم غير ملائم ، لإنتفاء الغرر ، أو لأنها غير ملزمة أو لأن طبيعتها لا تمنع ذلك مثل عقد الوكالة اذا قال شخص لآخر : إن وجدت كذا فى السوق ، فأنت وكيلى فى شرائه ، أو يقول الرجل لزوجته إن دخلت بيت فلان فأنت طالق فمثل هذه العقود إن علقت على شرط انعقد العقد .

٣ — عقود تقبل التعليق بالشرط الملائم(١) لمقتضى العقد شرعاً أو عرفاً كالكفالة والحوالة كأن يقول شخص لآخر : إن أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا ضامن له فان تعليق الكفالة على سببها ، لأنه لا معنى لوجود الكفالة قبل الإقتراض .

الفرق بين العقد المعلق والعقد المضاف :

أن العقد فى حالة الإضافة موجود وقت التكلم ، والحكم غير موجود ، بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف اليه .

أما فى حالة التعليق كلاهما غير موجود ، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق عليه وهذه التفرقة للحنفية ، أما الشافعية فيذهبون الى التسوية بينهما .

---

(١) الشرط الملائم هو ما كان شرطا للزوم الحق كقولك : إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن ، أو كان شرطا لإمكان استيفاء الحق كقولك . إن لم يؤد فلان الدين غدا فعلى ضمانه ، أو شرطا لتعذر الإستيفاء كقولك : إن أفلس فلان فأنا كفيل بالدين .

كما أن الإضافة تكون إلى زمن محقق الوجود ، والتعليق يكون إضافة إلى زمن قد يتحقق بوجود الشرط الذى جعل علامة عليه وقد لا يتحقق.

العلاقة بين التنجيز بالإضافة والتعليق

التعليق ينافى التنجيز ولا ينافى الإضافة . فالإلتزام لا يمكن أن يكون فى وقت واحد منجزاً ومعلقاً ، ولكن يمكن أن يكون مضافا ومعلقا . ذلك لأن التنجيز هو انشاء العقد على وجه تترتب عليه آثاره فى الحال.

أما التعليق فهو ترتب وجوده على وجود آخر غير موجود.

الركن الثانى – محل العقد

محل العقد ، أو المعقود عليه ، هو الذى يقع عليه العاقد ، وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، فمحل عقد البيع هو المال المبيع ، الذى يظهر فيه أثر العقد ، فيصبح مالكا للمشترى بعد أن كان مملوكا للبائع . ومحل عقدالإجارة هو منفعة العين المستأجرة ، ومحل عقد الزواج هو المرأة اذ تصبح العشرة الزوجية معها ملكا لزوجها وحده .

ولكى يكون محل العقد صالحا للتعاقد بين الطرفين اشترط الفقهاء فيه ما يلى :

١ – أن يكون محل العقد موجوداً عند العقد فى العقود التى تقتضى طبيعتها وجود المعقود عليه فعلا كالبيع والهبة والرهن ، ونحوها من كل عقد يقع على عين مالية ، أو أن يكون ممكن الوجود فقط ، وذلك فى العقود التى ترد على المنفعة أو العمل مثل عقد الإيجار والمزارعة ، والاستصناع .

هذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (١) واستثنى من ذلك المالكية عقود التبرعات كالهبة والوقف فلم يشترطوا فى محلهاهذا الشرط ، بل يكفى عندهم أن يكون المحل ممكنا فى المستقبل ، رغم أن العقد فيها وارد على عين مالية . وبناء على ذلك ، تصح عندهم هبة ما ينتجه الشجر من الثمر فى المستقبل لاحتمال وجوده(٢)

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٠٦ ، الأم جـ ٣ ص ٤٧ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٨٣

(٢) انظر فى ذلك . مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٩٤ ، مقدمات ابن رشد جـ ١ ص ٢٢٤ المدونة جـ ٥ ص ٢٤٩

العاقـــــد(١)

يشترط لوجود العقد أن يكون لعاقده أهلية عقده، وأن تكون له ولاية هذا العقد .

الأهلية :

والأهلية نوعان : أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء .

فأهلية الوجوب يراد بها صلاحية الانسان لأن تكون له حقوق، وأن تكون عليه واجبات .

وتتحقق هذه الأهلية لكل إنسان حى . فناط أهلية الوجوب هو الحياة ولما كانت حياة الإنسان تبدأ فى بطن أمه فان الجنين تثبت له أهلية وجوب ناقصة ، تثبت له بعض الحقوق ، فيرث ويستحق الوصية ويستحق ريع الوقف فهو صالح لأن تكون له هذه الحقوق فقط ، ولكنه ليس صالحا لأن تجب عليه واجبات .

فاذا ولد حيا ثبت له أهلية الوجوب كاملة بشقيها ، أى تكون له جميع الحقوق ، وتكون عليه جميع الواجبات ؛ وتستمر له هذه الأهلية كاملة غير منقوصة ؛ الى أن يموت .

ولما كانت اهلية الوجوب مرتبطة بالحياة فقط ؛ فانها تثبت كاملة للصبي غير المميز ، وللمجنون .

وأهلية الأداء هى صلاحية الإنسان للتعبير عن ارادته بحيث يؤاخذ بها ويلزم بمقتضاها .

ومناط هذه الأهلية هو التمييز ؛ فتثبت للصبي المميز أهلية أداء ناقصة . فاذا بلغ عاقلا ثبت له أهلية الأداء كاملة .

---

(١) راجع مختصر العقد للاستاذ الفاضل د. زكريا البرى ص ٢٠٥

وهذه الأهلية أى أهلية الأداء التى تجعل لصاحبها إنشاء العقود ، أما أهلية الوجود فلا تثبت لصاحبها إنشاء العقود . فالصبى غير المميز والمجنون لكل منهما أهلية وجوب كاملة ، تثبت له حقوقاً ، وتلزمه بواجبات ، ومع ذلك فإنه ليس أهلا لإنشاء العقود والاعتداد بعبارته التى تصدر منه لعدم تحقق التمييز وإنما يتولى عنه ذلك وليه .

وأهلية الأداء الناقصة الثابتة للصبى المميز تجعل لصاحبها إنشاء العقود النافعة نفعاً محضاً بحيث تكون نافذة من غير أن يتوقف نفاذها على إجازة وليه المالى كما تجعل له إنشاء العقود المترددة بين النفع والضرر . بحيث تكون موقوفة على إجازة وليه المالى يجيز منها ماينفع الصغير ويرد منها مايضره ، ثم لا يكون له — بمقتضى هذه الأهلية الناقصة — إنشاء العقود الضارة به ضرراً محضاً بل أنها تكون باطلة لا يملك الولى المالى إجازتها .

والعقود النافعة محضاً هى التى من شأنها أن تنفعه . كقبول الهبة وقبول الوصية فإن هذا القبول نفع محض الصغير المميز يكون به العقد صحيحاً ونافذاً من غير حاجة الى اجازة الولى المالى .

والعقود الضارة ضرراً محضاً هى التى من شأنها أن توقع الضرر به ، كعقود التبرع مثل الهبة والوصية فانها تنقص ماله وتخرجه من ملكيته بلا عوض . فكانت هبته أو وصيته ضارة به ضرراً محضاً ؛ فلا يترتب عليها أثر ولا ينشأ بها عقد .

والعقود المترددة بين النفع والضرر . هى التى من شأنها أن تكون نافعة أحياناً وأن تكون ضارة أحياناً ولذلك تحتاج الى حسن الموازنة وسلامة التقدير . كعقد البيع والشراء . وكانت عبارة الصبى المميز صالحة لإنشائها لاحتمال أن تكون نافعة . ثم لا تكون مع ذلك نافذة وانما تكون موقوفة على اجازة الولى المالى ليرد عن هذا الصغير الضرر المحتمل فى بيعه أوشرائه .

ويتلخص لنا من ذلك أن الانسان فى حياته يمر بأدوار أربعة . بالنسبة لما يكون له من أهلية الوجوب وأهلية الأداء .

الدور الأول : وذلك اذا كان جنينـاً فى بطن أمه . وفى ذلك الدور لا تـكون له إلا أهليـة وجوب ناقصـة تثبت له بعض الحقـوق . ولا تلزمه بالواجبات .

الدور الثانى : بعد الولادة الى أن يصل الى سن السابعة مميزاً . وفى ذلك الدور تـكون له أهلية الوجوب كاملة . التى تجعل له جميع الحقوق . وتلزمه بجميع الواجبات .

ثم لا يكون له فى هذه المرحلة أهلية أداء مطلقا لانعدام التمييز الذى ترتبط به أهلية الأداء .

الدور الثالث : من التمييز الى البلوغ وفى هذا الدور تـكون له مع أهلية الوجوب الـكاملة . أهلية أداء ناقصة ينشىء بها العقود النافعة نفعا محضا . بحيث تـكون نافذة بعبارته وينشىء بهـا العقود المترددة بين النفع والضر . بحيث تـكون صحيحة موقوفة على اجازة الولى المـالى .

والصبى لا يعتبر مميزاً قبـل السـابعة . لأنها السن التى يغلب فيها انتقال الصغير من مرحلة عدم التمييز الى التمييز . فإذا بلغ هذه السن كان مميزاً اذا كان بحيث يدرك معانى العقـود وما يترتب عليهـا من آثار . وما يكون فيها من غبن . فيعرف أن البيـع ينقل ملـكية ماله الى غيره بعوض . وأن الهبـة تنقل الملك من غير عوض . وأن قبول الهبـة يزيد فى ملـكه من غير عوض يلزمه

الدور الرابع : دور البلوغ عاقلا . وفى هـذا الدور تـكون له مع أهلية الوجوب الكاملة أهلية الأداء الكاملة ينشىء منها جميع العقود نافذة سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أو مترددة بين النفع والضرر أو كانت ضارة ضرراً محضاً .

وهذا عند الإمام أبى حنيفة أما صاحباه أبو يوسف ومحمد . فقد اشترطا لنفاذ تصرفات البائع العاقل أن يكون رشيداً يحسن تدبير المال ، فاذا كان سفيها لا يحسن توفير المال . حجر عليه ، وكان حكمه فى التصرفات حكم الصبى المميز .

وللبلوغ علامات تظهر فى الإنسان ذكراً أو أنثى ، وتدل على بلوغه ، كالاحتلام للذكر والحيض للأنثى فاذا لم تظهر علامة حسية تدل على بلوغ الصغير والصغيرة اعتبر بالغا بتمام الخامسة عشرة من عمره فى رأى الصاحبين، وهو المفتى به فى المذهب الحنفى أما الإمام أبو حنيفة فقد فرق بين الذكر والأنثى وجعل سن البلوغ بالنسبة لها هو السابعة عشر وسن البلوغ بالنسبة له هو الثامنة عشرة وبذلك زاد فى سن بلوغ الذكر ثم زادفى سن بلوغ الذكر سنة عن سن بلوغ الأنثى ، لمسارعتها إلى البلوغ قبله بحكم تكوينها

الولاية :

الولاية هى أن يكون للعاقد سلطة فى مباشرة العقد بحيث تترتب عليه آثاره

وهذه الولاية نوعان : ولاية ذاتية قاصرة أى لا تتجاوز صاحبها وولاية متعدية أى تتجاوز صاحبها إلى غيره .

فالولاية الذاتية القاصرة هى التى تثبت للشخص كامل الأهلية على نفسه وعلى ماله .

والولاية المتعدية هى التى تثبت للشخص على غيره .

وهذه الولاية المتعدية تنقسم إلى قسمين : ولاية أصلية وولاية نيابية.

فالولاية الأصليه هى الولاية الثابتة بسبب الأبوة : وهى ولاية الأب على ابنه الصغير فان هذه الولاية قد ثبتت شرعاً للاب بصفة أصلية .

والولاية النيابية هى الولاية التى تثبت لصاحبها نيابة عن غيره ، كولاية الوصى على الصغير فانها لم تثبت له أصالة وإنما يستمدها ممن ولاه . كالوصى الذى يعينه القاضى ليتولى أمور الصغير المالية .

ثم تنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين آخرين تبعا لتنوع العمل الذى يقوم به الولى فتكون ولاية على النفس أو ولاية على المال .

فالولاية على النفس هى الولايه المتعلقة بنفس المولى عليه من تربية وتعليم وتطبيب وتزويج ونحوها .

وهذه الولاية تثبت لأقارب المولى عليه من العصبات بحسب ترتيبهم فى الميراث .

وهى تثبت لهم عـــلى الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة .

والولاية على المال هى الولاية المتعلقة بأموال المولى عليه ، حفظا وإدارة وتصرفا .

وهذه الولاية تثبت على الصغير — فى المذهب الحنفى — للاب ثم لوصى الآب ثم للجد أبى الآب ثم لوصى الجد ثم للقاضى .

فاذا وجد الآب كان صاحب الولاية فان لم يوجد وكان قد اختار من يتولى شئون أولاده المالية بعد وفاته كانت الولاية لمن اختاره ولو كان الجد موجودا فان لم يكن الآب قد اختار وصيا كانت الولاية للجد من الآب ، فان لم يكن موجودا كانت الولاية للوصى الذى اختاره فان لم يكن قد اختار أحداً كانت الولاية للقاضى الذى لا يتسع وقته عادة للاشراف المباشر على شئون القاصر المالية ، ولذلك يعين وصياً يتولى ذلك الإشراف تحت مراقبته .

ويرى الإمام مالك وأحمد أن الولاية المالية على الصغير تكون للاب ثم لوصيه ثم للقاضى ثم لوصيه .

ويرى الإمام الشافعي أن الولاية المالية على الصغير تكون للأب : ثم الجد أب الأب ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد ثم للقاضي .

وبمقارنة هذه المذاهب نجد أن المذهب الحنفي يثبت الولاية للجد ولكنه يؤخرها مرتبة عن وصى الأب وذلك أن الأب أوفر الناس شفقة على ابنه وأحرصهم على مصلحته ؛ فكان في اختياره لشخص آخر يتولى شئون ولده المالية مع وجود الجد دلالة قوية على أن هذا الشخص أصلح وأقدر على هذه الولاية التي تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يمتاز بها الجد .

أما الإمام الشافعي فانه يثبت الولايه للجد أيضا ويجعل مرتبته قبل وصى الأب فان الجد أب عند موت الأب ؛ فيكون في مرتبة الأب ويسبق وصى الأب .

وأما الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فلم يجعلا للجد ولاية ذاتية . وإنما تثبت له الولاية بوصاية من الأب أو من القاضي .

وليس لمن عدا الأب والجد من الأقارب حق في الولاية المالية ولو كانوا من العصبات إلا بسبب الوصاية اختيارا من الأب أو الجد أو تعيينا من القاضي .

أقسام العقد

من حيث الصحة والبطلان :

يقسم جمهور الفقهاء العقد إلى قسمين : صحيح وغير صحيح . وبعبارة أخرى : صحيح وباطل وبعبارة ثالثة صحيح وفاسد .

فإذا تحققت للعقد أركانه وشروطه الشرعية كان صحيحا وإذا أصابه الخلل في أركانه أو شروطه كان غير صحيح ويسمى باطلا كما يسمى فاسداً فلا فرق عندهم بين البطلان والفساد .

فالعقد الصحيح وهو الذى تحققت له أركانه وشروطه الشرعية يكون صالحا لترتب الآثار الشرعية عليه .

أما العقد غير الصحيح الذى يسمى باطلا كما يسمى فاسدا وهو العقد الذى أصابه الخلل فى أركانه أو شروطه فإنه لا يكون موجودا ولا يصح لأن تترتب عليه آثاره مطلقاً .

أما المذهب الحنفى فقد قسم العقد إلى ثلاثة أقسام : صحيح وفاسد وباطل بمعنى أنه جعل العقد غير الصحيح قسمين لا قسما واحداً كما رأى جمهور الفقهاء .

ذلك أن عدم صحة العقد قد تكون لخلل جوهرى أصابه فى أركانه وشروطه الأساسية فيكون باطلا لا وجود له مطلقا وقد تكون لخلل غير جوهرى فى شروطه المتممة والمكملة لصحته فيكون — حينئذ — فاسدا أى موجودا وجودا ناقصا فى مرتبة بين الصحة والبطلان :

وعلى هذا يحكم جمهور الفقهاء على عقد المجنون وعقد الصبى غير المميز ، وبيع الميتة والزواج بمن تحرم حرمة قطعية والبيع بثمن مؤجل إلى أجل غير معلوم والزواج من غير شهود بعدم الصحة المساوى للبطلان والمساوى للفساد إذ لا فرق عندهم بين هذه الأوصاف ولم يجعلوها مؤدية لترتب آثارها عليها لعدم استيفائها للشروط الشرعية

أما المذهب الحنفى فانه ينظر إلى الخلل الذى أصاب العقد فان وجده قد أصاب الأركان والشروط الأساسية حكم بالبطلان أى بعدم وجود العقد وعدم صلاحيته لترتيب الآثار الشرعية عليه مطلقاً وإن وجد الخلل قد أصاب الشروط المكملة حكم بفساد العقد أى بوجوده وجوداً ناقصاً أما وجوده فلأنه قد سلم من الخلل الجوهرى فى أركانه وشروطه الأساسية وأما نقصانه فلعدم تحقق شروطه المتممة لصحته .

وعلى هذا حكموا على عقد المجنون وعقد الصبي غير المميز وبيع الميتة ، والزواج بمن تحرم حرمة قطعية بالبطلان لأن الخلل خلل جوهري قد أصاب العقد في أركانه أو محله أما البيع بثمن مؤجل إلى أجل غير معلوم والزواج من غير شهود ، فقد حكموا عليهما بالفساد دون البطلان لسلامة أركان العقد ، ومحله من الخلل واقتصار الخلل على الشروط المتممة لصحته وكماله .

ولم يرتب الأحناف على العقد الباطل ولا على العقد الفاسد أي أثر من الآثار الشرعية التي تترتب على العقد الصحيح لعدم استيفاء الشروط الشرعية اللازمة لصحة العقد والتي تجعله صالحا لترتب هذه الآثار ولذلك طالبوا المتعاقدين بعدم تنفيذ كل من العقدين : باطلا كان أو فاسدا .

وكان الأثر المترتب على هذا التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عندهم هو ترتيب بعض الآثار على العقد الفاسد إذا خالف المتعاقدان حكم الشارع ونفذا العقد مع فساده وحال دون فسخه حائل .

ولذلك حكموا في البيع الفاسد بتملك المشترى للمبيع بقيمته يوم قبضه إذا لم يمكن فسخ عقد البيع . ورد المبيع إلى البائع كما إذا هلك المبيع أو استهلكه المشترى بعد قبضه كما حكموا في الزواج الفاسد بوجوب المهر وثبوت النسب إذا دخل الرجل بالمرأة بعد هذا الزواج الفاسد لأن ما تم من دخول قد وقع ولا سبيل إلى رفعه فقد حصل وانقضى والدخول بالمرأة إما أن يكون حلالا موجباً للمهر وإما أن يكون حراما موجباً للحد الشرعي والعقد الفاسد شبهة تمنع من الحد الشرعي فيتعين وجوب المهر ويثبت النسب بهذا الدخول .

ثم يفرق بين الرجل والمرأة في المستقبل ويحال بينهما وبين الاستمرار

فى العقد الفاسد وتجب العدة على المرأة بعد المفارقة ليعرف ما إذا كان هناك حمل من هذا الزواج الفاسد أم لم يكن .

(٢) أقسام العقد الصحيح :

وينقسم العقد الصحيح إلى موقوف ونافذ

فالعقد النافذ هو العقد الذى تترتب عليه آثاره فعلا فاذا كان العقد بيعا ملك المشترى المبيع وملك البائع الثمن وإذا كان زواجا أفاد حل العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة .

ومثال العقد النافذ : عقد البيع الذى يصدره البالغ العاقل الرشيد فى ماله مع بالغ عاقل رشيد مثله وعقد زواج البالغ العاقل بالبالغة العاقلة .

والعقد الموقوف هو العقد الذى لم تترتب عليه آثاره فعلا وإنما يتوقف ترتب آثاره على اجازة من له حق مباشرته فان أجاز صار نافذا وترتبت عليه آثاره فعلا وإن رده بطل .

ومثال العقد الموقوف عقد الفضولى فانه يكون صحيحا أى صالحا لترتب الآثار عليه ولكن لا يكون نافذاً أى لا تترتب عليه الآثار فعلا وإنما يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن إن أجازة نفذ وإلا بطل.

أقسام العقد النافذ :

وينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم .

والعقد اللازم هو العقد الذى لا يستقل أحد طرفيه بفسخه كالبيع والزواج والعقد غير اللازم هو العقد الذى يستقل أحد طرفيه بفسخه كالوكالة والوديعة .

والعقد غير اللازم قد يكون غير لازم بطبيعته بالنسبة لطرفيه كالشركة والوكالة والوديعة فان كلا منها غير لازم بالنسبة لطرفى العقد ويملك كل واحد منهما فسخه بدون رضا الطرف الآخر .

وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحد الطرفين فقط ، لازما بالنسبة إلى الطرف الآخر كعقد الرهن فانه غير لازم بالنسبة إلى المرتهن الدائن ، فله وحده أن يفسخه لأن العقد قد تم لمصلحته ضمانا لاستيفاء الدين ، وله أن يتنازل عن هذا الضمان ولكنه يكون لازما بالنسبة إلى المدين الراهن فلا يملك وحده فسخ الرهن لتعلق حق الدائن المرتهن به .

أقسام العقد بالنسبة لآثاره وأغراضه .

وتنقسم العقود بالنسبة لآثارها والأغراض التي تقصد منها إلى سبعة أقسام .

١ — عقود التمليكات وهي التي يقصد بها التمليك سواء أكان التمليك للعين كالبيع أو كان التمليك للمنفعة كالإجارة وسواء أكان التمليك بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة

وعلى هذا كانت عقود التمليك نوعين :

(أ) عقود معاوضة كالبيع والإجارة والقسمة

(ب) عقود تبرع كالهبة والوصية والإعارة

٢ — عقود الإسقاط وهي التي يقصد بها إسقاط حق من الحقوق سواء أكان الإسقاط مقابل بدل أو كان الإسقاط من غير بدل يقابله ، فمن الأول الطلاق على مال تدفعه الزوجة ، والعفو عن القصاص في مقابل مال ، والإعتاق بمال يدفعه العتيق ومن الثاني الطلاق المجرد عن المال ، والعفو عن القصاص من غير بدل ، والإعتاق من غير مقابل ، وإبراء الدائن المدين .

٣ — عقود المشاركة وهي التي يقصد بها الاشتراك في نماء المال أو ربحه كعقود الشركة والمزارعة والمساقاة والمضاربة .

٤ — عقود التأمينات والتوثيق وهي التي يقصد بها ضمان وفاء الدين لصاحبه كعقد الرهن وعقد الكفالة

٥ — عقود الإطلاقات ، وهى التى تطلق فيها اليد فى التصرف بعد أن كان ممنوعاً ، كعقد الوكالة وعقد الإيصاء

٦ — عقود التقييدات ، وهى التى تقيد فيها اليد وتمنع من التصرف بعد أن كانت تملكه ، كعزل الوكيل وعزل الموصى .

٧ — عقود الحفظ وهى العقود التى يقصد بها حفظ الأموال . كعقد الوديعة .

الخيارات فى العقود

تثبت فى بعض العقود أنواع من الخيارات أهمها خيار الشرط وخيـــار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين .

خيار الشرط

وهذا الخيار — كما يتبين من اسمه — لا يثبت إلا باشتراط فى العقد وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق فى إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك فى العقد .

فاذا قال شخص لآخر : بعتك هذه الدار بألف جنيه على أن يكون لى الخيار مدة ثلاثة أيام فقبل المشترى ذلك ثبت الخيار للبائع .

وإذا قال شخص لآخر : بعتك هذه الدار بألف جنيه على أن يكون لكل منا الخيار مدة ثلاثة أيام قبل المشترى ذلك ثبت الخيار للبائع والمشترى .

وإذا قال البائع للمشترى : بعت لك هذه الدار بألف على أن يكون لأخى الخيار مدة ثلاثة أيام وقبل المشترى ذلك ثبت الخيار لأخ البائع بناء عـــلى اشتراطه فى العقد : كما ثبت الخيار للبائع ، وإن لم يصرح باشتراطه لنفسه اذ لا يملك الإنسان لغيره الا ما يملكه فكان اشتراطه للغير اشتراطا لنفسه أيضا

وخيار الشرط قد ورد النص بإباحته وأن كان مخالفا لمقتضى العقد فإن

البيع من العقود اللازمة ، التي لا يملك فيها أحد الطرفين الفسخ بإرادته وحده ومع ذلك جاز اشتراط الخيار فيه ، تحقيقاً لمصالح الناس ، فقد يحتاج البائع أو المشترى أو كلاهما إلى اشتراط الخيار لنفسه أو لغيره ، حتى يطمئن إلى نفع العقد له ، ويعطى لنفسه مهلة للتروى وسؤال أهل الخبرة والمعرفة .

وقد ورد فى ذلك أن حبان بن منقذ كان يغبن فى البيع والشراء ، فرفع الأمر إلى رسول الله — ﷺ — حتى يحجر عليه ، فلم يحجر عليه وقال له . « إذا بايعت فقل لاخلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام » .

مدة خيار الشرط :

يرى أبو حنيفة أن مدة خيار الشرط لاتزيد عن ثلاثة أيام ، لأن الأصل عدم اشتراطه ، لمخالفته ، لمقتضى العقد ، فيقتصر فيه على ماجاء فى الحديث النبوى وهو ثلاثة أيام .

وذهب أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة ، إلى أن مدة الخيار لا تتقيد بمدة الأيام الثلاثة والتى جاءت فى الحديث النبوى ، فان التروى وسؤال أهل الخبرة قد يحتاج إلى مدة أطول ، وتعيين الأيام الثلاثة بالنسبة لحبان بن منقذ ، إنما كان لعدم حاجته إلى أكثر منها .

فاذا اشترط المتعاقدان مدة تزيد على ثلاثة أيام ، صح العقد وصح الشرط عند الإمام أحمد وصاحبى أبى حنيفة ، وفسد العقد عند أبى حنيفة ، لاشتماله على شرط فاسد ، ولكن إذا اختار من شرط له الخيار قبل مضى الأيام الثلاثة وأمضى العقد ، صح العقد لارتفاع ما أفسده ، وهو زيادة المـــدة عن ثلاثة أيام .

العقود التى تقبله والتى لاتقبله :

عرفنا أن العقود تنقسم إلى عقود لازمة ، وعقود غير لازمة .

وإذا كان البائع هو الذى اشترط لنفسه فقط ، ولم يشترطه المشترى ، لم يترتب على البيع أثره بالنسبة للبائع ويبقى المبيع فى ملكه ، بينما يترتب الأثر بالنسبة للمشترى الذى لم يشترط الخيار ويخرج الثمن من ملكه .

فاذا انعكس الأمر ، وكان المشترى هو الذى اشترط الخيار لنفسه دون البائع لم يترتب الأثر بالنسبة للمشترى وبقى الثمن فى ملكه بينما يترتب الأثر بالنسبة للبائع الذى لم يشترط الخيار ويخرج المبيع من ملكه .

هذا أمر اتفق عليه فقهاء المذهب الحنفى ، تطبيقاً لما يترتب على اشتراط الخيار لأحد العاقدين دون الآخر .

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فذهب أبو حنيفة إلى أن ملكية المبيع الذى خرج من ملك البائع الذى اشترط الخيار لا تنتقل إلى المشترى الذى اشترط الخيار . بل تبقى موقوفة على مايراه المشترى فان أمضى العقد انتقلت الملكية إليه وإن فسخه عادت الملكيه إلى البائع .

وكذلك الحكم بالنسبة لملكية الثمن الذى يخرج من ملك المشترى الذى لم يشترط الخيار لا تنتقل إلى البائع الذى اشترط الخيار ، بل تبقى موقوفة على ما يراه البائع فان أمضى العقد انتقلت إليه ملكية الثمن وإن فسخه عادت الملكية إلى المشترى .

ذلك أن أثر البيع هو تبادل الملكية بين البائع والمشترى بحيث يخرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشترى فى مقابل خروج الثمن من ملك المشترى إلى البائع فاذا حال دون ذلك التبادل اشتراط الخيار لأحدهما دون الآخر وخرج المبيع من ملك البائع الذى لم يشترط الخيار أو خرج الثمن من ملك المشترى الذى لم يشترط الخيار لم يتملك المشترى المبيع فى الصورة الأولى ولم يتملك البائع الثمن فى الصورة الثانيـــة حتى لا يؤدى انتقال ملكيـــة المبيع

إلى المشترى فى الصورة الأولى ، وإنتقال ملكية الثمن إلى البائع فى الصورة الثانية ، إلى أن يجمع المشترى فى الصورة الأولى ، ويجمع البائع فى الصورة الثانية بين ملكية البدلين : المبيع والثمن فى وقت واحـــد ، وهو أمر غير مقبول .

وذهب الصاحبان:أبو يوسف ومحمد إلى انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فى الصورة الأولى ، وملكية الثمن إلى البائع فى الصورة الثانية ، لأن لزوم العقد بالنسبة إلى البائع فى الصورة الأولى ولزومه بالنسبة إلى المشترى فى الصورة الثانية ، ترتب عليه خروج المبيع من ملكية البائع ، وفى الصورة الأولى ؛ وخروج الثمن من ملكية المشترى فى الصورة الثانية ، وإذا خرج المبيع من ملكية البائع ، لزم أن يتملكه المشترى ؛ وإذا خرج الثمن من ملكية المشترى لزم أن يتملكه البائع ، وإلا كان هذا المبيع وهذا الثمن من غير مالك مدة الخيار ، وهو أمر غير مقبول .

والراجح هو رأى أبى حنيفة ، لما يؤدى إليه قول الصاحبين من اجتماع ملكية المبيع والثمن لأحد الطرفين فى وقت واحد ؛ وهذا مالاسبيل إليه. وليس بصحيح مايقول الصاحبان من أن رأى أبى حنيفة يؤدى إلى أن يكون المبيع أو الثمن من غير مالك مدة الخيار ، لأن لكل منهما مالكا على سبيل القطع ؛ وهو البائع أو المشترى . ويتبين المالك بما ينتهى إليه الأمر فى خيار الشرط .

انتهاء الخيار :

ينتهى خيار الشرط بالأمور الآتية :

أولا : إجازة العقد أو فسخه مدة الخيار .

ثانياً : موت صاحب الخيار فى المذهب الحنفى والحنبلى. فاذا مات صاحب الخيار لزم العقد . ولم يكن لورثته حق فى هذا الخيار خلافة عنه . لأن هذا

الخيار في المذهبين كان حقاً شخصياً يرجع الى إرادة المورث ومشيئته . والحقوق الشخصية لا تورث . وخالف في ذلك الشافعية والمالكية ، ذهبوا إلى أن خيار الشرط حق مالي . لأنه متعلق بالأموال . والحقوق المالية تورث . وعلى هذا لا ينتهي خيار الشرط بموت صاحبه . وانما ينتقل الى ورثته وهذا هو الراجح .

ثالثاً — هلاك محل العقد أو حدوث عيب فيه بأي سبب فيه من الأسباب في يد المتملك صاحب الخيار . لأن الفسخ الذي يترتب على خيار الشرط يقتضي اعادة محل العقد الى صاحبه سليماً كما كان . وقد حال دون ذلك هلاكه أو تعييبه .

رابعاً — زيادة محل العقد زيادة متصلة بعد قبضه . سواء أكانت الزيادة متولدة منه كسمن الحيوان . أو كانت غير متولدة فيه كالبناء على الارض . وزيادته زيادة منفصلة متولدة منه . كولد الحيوان .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة وغير متولدة كأجرة العقار . فانها لا تمنع

خامساً — انقضاء مدة الخيار من غير اختيار .

خيار الرؤية

خيار الرؤية هو أن يكون للعاقد الحق فى فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محل العقد الذى لم يكن قد رآه وقت التعاقد ولا قبله بوقت لا يتغير فيه عادة

والمراد بالرؤية العلم بمحل العقد . وقد يتحقق ذلك بالرؤية البصرية . أو بالشم كالروائح العطرية . وبالذوق كالأطعمة . أو باللمس كالأقمشة .

فليس المراد بالرؤية الإبصار فقط وإذا ثبت هذا الخيار الأعمى استعمل هذا الحق بنفسه فى الأمور التى تحتاج إلى إبصار . فان كل محل العقد لا يعلم إلا بالرؤية البصرية التى يعجز عنها تحقق علمه به بوصفه له.

من يثبت له :

يثبت هذا الخيار للمتملك وهو المشترى باتفاق الفقهاء . لقوله عليه الصلاة والسلام — « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه . ولما روى من أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضاً بالبصرة لم يرها كل منهما. ولما قيل لكل منهما : إنك غبنت . قال : لى الخيار ثم حكما جبير بن مطعم. فحكم بالخيار لطلحة . وكان ذلك بمحضر من الصحابة . فكان إجماعا منهم على ثبوته للمشترى .

أما المملك وهو البائع فقد ذهب بعض الفقهاء إلى ثبوته له . قياسا على المشترى . وذهب بعضهم إلى عدم ثبوته له . لأن الحديث والأثر لم يثبتا الخيار إلا للمشترى . ولا يصح قياس البائع عليه . لأن خيار الرؤية قد ثبت على خلاف الأصل فى العقود . فلا يتوسع فى ثبوته . ولأنه يندر أن يبيع

الإنسان شيئا من غير أن يراه . لأن الأصل فى المبيع أن يكون تحت يدالبائع. وإذا باع الإنسان ملكه قبل أن يراه كان مقصراً . بخلاف المشترى . فان الأصل فيما يشتريه ألا يكون تحت يده . ولاعلم له بحالته ، ولذلك تكثر حوادث شراء الإنسان لما لم يره . وكانت للمشترى حاجة إلى خيار الرؤية دون البائع .

العقود التى تقبله :

يثبت خيار الرؤية بحكم الشارع فى العقود الأربعة الآتية . دون حاجة إلى اشتراطه .

١ — عقد البيع اذا كان محله مالا معيناً بذاته .

٢ — عقد الإجارة اذا كان محلها شيئا معينا بذاته أيضا .

٣ — عقد القسمة فى الأموال القيمية .

٤ — عقد الصلح اذا كان بدل الصلح مالا معينا بذاته .

أثر خيار الرؤية :

ويترتب على ثبوت خيار الرؤية أمران :

أولهما : أن يكون لصاحبه الحق فى امضاء العقد أو فسخه عند رؤيه محل العقد . فاذا أمضى العقد عند ذلك لزم ، واذا فسخه انفسخ . دون حاجة الى قضاء من القاضى .

وإذا تنازل من ثبت له الخيار عن حقه فى خيار الرؤية قبل رؤية محل العقد لم يعتبر تنازله ، لأنه يتنازل عن حق لايثبت له إلا عند الرؤية، فكان إسقاطا لحق لم يوجد ، وإسقاط الحقوق قبل وجودها لااعتبار له .

وإذا أمضى العقد قبل الرؤية ، لم يعتبر إمضاؤه ، لأن الشارع قد أثبت له هذا الخيار ، ولا يملك تغيير حكم الشرع .

ثانيها : عدم لزوم العقد بالنسبة لمن ثبت له الخيار .

مسقطـاته :

يسقط هذا الخيار بواحد مما يأتى .

١ — بكل مايدل على الرضا بالعقد بعد الرؤية .

٢ — هلاك المبيع أو تعييبه بعيب يمنع من الرد .

٣ — زيادة المعقود عليه زيادة تمنع من الرد .

٤ — موت صاحب الخيار ، فاذا مات سقط حقه فى الخيار ولزم العقد ولم ينتقل إلى ورثته ، فأن هذا الخيار حق شخصى ، والحقوق الشخصية لا تورث .

خيار العيب

هو أن يكون للمتملك الحق فى إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد فى محل العقد عيبا لم يطلع عليه عند العقد .

ذلك أن السلامة من العيوب أمر يقتضيه العقد . فاذا وجد المتملك عيباً لم يطلع عليه ولم يبينه المملك عند العقد ، كان بالخيار إن شاء أمضى العقد وتغاضى عما فيه من عيب وإن شاء رده لما فيه من عيب .

والرسول — ﷺ — يقول : « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له » ، ومر برجل يبيع حبوبا ، فيدخل يده فيها فيجدها مبلولة فيقول : « من غشنا فليس منا » .

وقد اشترى رجل من آخر عبداً ، فوجد به عيباً لم يطلع عليه ، ولم يبينه البائع ، فأراد رده على بائعه فأبى ورفعا الأمر إلى الرسول — عليه الصلاة والسلام — فقضى برد العبد على بائعه ولما قال البائع إن المشترى قد استغل

العبد مدة ، قال له الرسول : « الخراج بالضمان » أى أن انتفاعه بهذا العبد فى هذه المدة كان مقابل مسئوليته عنه وانفاقه عليه .

شروط ثبوته :

ويشترط لثبوت خيار العيب ستة شروط هى:

١ — أن يكون العيب موجودا قبل أن يتسلمه المتملك ، سواء أكان موجودا قبل العقد أم حدث بعد العقد وقبل القبض ، أما إذا حدث العيب بعد القبض فلا خيار ، لأن مقتضى العقد سلامة محله ، وقد تحقق ذلك بتسلمه سليما .

٢ — ألا يعلم به المتملك حين العقد ، لأن علمه به وشراءه بعد ذلك يدل على الرضا بالعيب .

٣ — ألا يرضى المتملك بعد العلم به ،لأن إثبات الخيار كان لعدم الرضا به وبالرضا يسقط الخيار .

٤ — ألا يزول العيب قبل الفسخ ، لأن الخيار يثبت بناء على وجود العيب وقد زال .

٥ — ألا يشترط المملك البراءة من العيب، أى عدم مسئوليته عما يكون فى محل العقد من عيب ، بأن يقول مثلا : بعتك هذه السيارة ، ولست مسئولا عما فيها من عيب ، أو ليس لك حق الرد بخيار العيب ، ويقبل المشترى ذلك .

٦ — أن يكون العيب سببا فى نقص ثمن المعيب عند التجار ولو كان العيب عيبا يسيرا فى مذهب الحنفية .

أما الحنابلة فقد جعلوا العرف حكما فى ذلك ، فأثبتوا الخيار بما يعده

العرف عيباً فى محل العقد ، وإن لم تنقص قيمته لهذا العيب ، أما ما لا يعده العرف عيباً فلا يثبت الخيار به .

العقود التى يثبت فيها :

يثبت خيار العيب فى المعاوضه التى يكون فيها المعقود عليه شيئا معينا بذاته ، وهو فى ذلك كخيار الرؤية وعلى ذلك يثبت فى عقد البيع وعقد الإجارة ، وعقد القسمة فى الأموال القيمية ، وعقد الصلح بالشروط السابقة .

أثره :

يترتب على خيار العيب عدم لزوم العقد بالنسبة لصاحبه ، ويكون له الحق فى إمضائه أو فسخه .

فاذا مات من له الخيار ، يثبت الحق لورثته باتفاق الفقهاء (١)

---

(١) انظر مختصر العقد لأستاذنا الفاضل د زكريا البرى من ٣٠٢ — ٣٢٤

نظرية العقوبة

فى الفقه الإسلامى

العقوبة فى الفقه الاسلامى

تعريف العقوبة فى الشريعة الإسلامية

يعرف الفقهاء بأنها جزاء على عمل يرتكبه الإنسان يخالف به الشرع (١) ويعرفونها تارة بعبارة : أنها الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع أو نهيه (٢)

العقوبة والعقاب :

وقد فرق بعض الفقهاء بين العقوبة والعقاب فقالوا إن كلمة عقاب تختص بالعذاب الأخروى وأنها جاءت فى القرآن الكريم بهذا المعنى فقال تعالى «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب» (٣) . «ومن يشاق الله فإن الله شديد العقاب» (٤)

وعندى أنه لا وجه للتفرقة بين كلمتى العقوبة والعقاب لأنهما بمعنى واحد وهو المؤاخذة بالذنب وهذا يستوى فى الدنيا والآخرة .

أنواع العقوبة فى الشريعة الإسلامية (٥)

ومن تعريفنا السابق للعقوبة نستطيع أن نقول إن العقوبات فى الشريعة الإسلاميه نوعان :

---

(١) حاشية الطحاوى على الدر المختار ج ٢ ص ٣٨٨

(٢) التشريع الجنائى للاستاذ عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٠٩

(٣) سورة الحشر : آية ٧

(٤) سورة الحشر آية ٤

راجع بحثاً لنا فى العقوبة المالية فى الشريعة الإسلامية ص ٢

النوع الأول : عقوبات تولى أمر تقريرها الشارع كعقوبات الحدود والقصاص .

النوع الثانى : عقوبات ترك أمر تقديرها إلى الولاة أو القضاة عند الجرائم متى تستحق العقاب وفقاً للقواعد العامة فى التشريعات الإسلامية وهى ما تعرف بجرائم التعزير .

وتظهر أهمية هذا التقسيم فى أنه لا يجوز لولى الأمر أن يتدخل فى القسم الأول بمعنى أنه لا يجوز له أن ينقص من الحد المعين للعقوبة - كمائة جلدة مثلا بالنسبة للزانى غير المحصن (١) - أو يزيد عن هذا القدر فهو ملزم والحالة هذه بتطبيق ما جاءت به نصوص الشريعة فى هذا الصدد.

بيان معنى الحد

والحد فى لسان الشرع هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى فلا يسمى القصاص حدا لأنه حق العبد ولا التعزير حدا لأنه غير مقدر من قبل الشارع وإن كان مقدرا من قبل ولى الأمر :

الفرق بين الحد والتعزير :

والفرق بين الحد والتعزير أن الحد عقوبة مقدرة منصوص عليها من الشارع حقا لله تعالى .

أما التعزير فهو عقوبة غير مقدرة من الشارع بل هى متروكة لتقدير الخليفة أو من ينيبه عنه من القضاة حقاً لله تعالى أو حقا للعبد والتعزير يكون بالقول وبالفعل كالحبس والضرب وبالمال والتعزير يكون على المعاصى التى لم

---

(١) غير المتزوج أما المتزوج فحده الرجم

يرد فيها حد والتعزير إنما هو للحاكم أو من ينيبه عنه بعد حصول الجريمة(١) .

الفرق بين الحد والقصاص :

والفرق بينهما أن الحد حق لله تعالى فلا يجوز الإعفاء عنه ببدل أو بغير بدل أو التنازل عنه .

وأما القصاص في النفس وما دون النفس - كالأطراف مثلا - فهو عند جمهور العلماء ليس بحد لأنه من حقوق العبد فمن ثم جاز لولي الدم يعني ولي المقتول أن يتنازل عن القصاص إلى أخذ الدية أو إلى العفو المطلق وبعض العلماء يعتبرون القصاص حدا وهؤلاء لا يشترطون في الحد إلا كونه عقوبة مقدرة من الشارع سواء أكانت الجناية تتعلق بحق الله تعالى أم تتعلق بحق العباد .

لماذا نص الشارع على عقوبة بعض الجرائم ولم يترك أمرها لولي الأمر كالحدود ؟ وللجواب على هذا التساؤل نقول إن الشارع الإسلامي جاء لإيجاد مجتمع فاضل يمنع الاعتداء في كل مظاهره وينشر الفضيلة ويأخذ بيد الناس اليها فكان لا بد من وضع زواجر مانعة دون هذه الفضائل حتى لا تنتهك حرماتها لجاء إلى الأمور التي يعد من الضرورات الاجتماعية أن يحمي المجتمع منها لأن فيها خرابه ودماره ولأن فيها انتهاكا للحرمات وأي أمة فاضلة تلك التي يشيع فيها الزنى وتضيع فيها الأنساب ولا يأمن الرجل فيها على عرضه ولا على عرض ذويه فلا بد أن تكون محاربة تلك الرذيلة بسلطان الله الذي هو فوق كل سلطان وبأحكامه الرادعة المانعة ولا يمكن أن تتحقق فضيلة

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١ / ٦١٧ .

اجتماعية إذا تهدمت الأسرة ولا يقضى على الأسرة إلا شيوع الزنى وشيوع الاتهام به فلا بد من حماية المجتمع من الرذيلتين ولذلك كان القذف لحماية الأسرة ولحماية النسل. وكذلك السرقة تجعل الناس فى فزع مستمر ومن حق الدولة أن تحمى أموال الناس فكان لا بد من عقوبة رادعة وهى وإن كانت قاسية على المجرم فإن فيها رحمة بالناس وإلقاء روح الأمن والاطمئنان على أموالهم وديارهم .

أما القصاص فقد أولاه الشارع عناية بتقديره لأن القتل وقطع الأطراف كان يسير بين الناس على قانون الثأر وعدم تكافؤ الدماء فالأشراف الذين يجرى فيهم دم أزرق لا يكافئه دم الضعفاء والأمراء الذين يجرى فى عروقهم دم لا يجرى فى دم السوقة فإذا كان المقتول كبير قوم أو زعيم قبيلة لا يقتل رأس برأس بل لا تكتفى رءوس براس وإن كان المقتول ضعيفاً ظل دمه ولم يوجد من يطالب به وان طالب لا يقوى على الانتصار له .

فجاء الإسلام يقرر أن الأساس هو القصاص أى المساواة بين الجريمة والعقاب وأنه لا عقاب الا تحت سلطان ولى الأمر وأنه لا فرق بين قوى وضعيف ولا أمير وسوقة فالنفس بالنفس انهاكت والإسراف فى الانتقام ليس من أدب الإسلام انما المؤمنون اخوة متساوون فى الحقوق والواجبات وكما قال صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فكان القصاص عقوبة رادعة للجناة شافية لقلب المجنى عليه مذهبة لحقده وليس فيها اسراف فى الانتقام بل فيها عدالة وحماية وخير ولذلك قال تعالى : ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب .

من أجل هذه المعانى كانت تلك العقوبات مقدرة بحدود هى الأساس لقيام دولة فاضلة(١) .

---

(١) انظر ص ١٥ من كتاب الجريمة والعقوبة للمرحوم الفاضل الشيخ محمد أبو زهرة .

أما الشريعة، فهي ماشرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من التكاليف والأحكام والآداب على لسان خاتم أنبيائه ورسله ﷺ .

وهذه الشريعة منها ما يتعلق بالعقائد وهي تشمل جانباً كبيراً مهماً من القرآن والسنة والعلم الذي يبحث فيها هو علم التوحيد أو الكلام .

ومنها ما يتعلق بالأخلاق والآداب وهي كذلك تشمل جانباً كبيراً من القرآن والسنة والعلم الذي يبحث فيه علم الأخلاق .

ومنها ما يتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم وهو يشمل جانباً كبيراً من القرآن والسنة والعلم الذي يبحث فيه علم الفقه .

وهذا المعنى هو الذي يتبادر إلى الذهن عند إطلاق الشريعة الإسلامية .

حكمة تشريع العقوبات (في الشريعة الإسلامية) :

إن العقوبات في الشريعة الإسلامية تهدف أولا في جملتها إلى حماية المصلحة العامة والمحافظة على الضرورات الخمس(١) .

ذلك بأن الشريعة الإسلامية جاءت للمحافظة على أمور خمسة : وهي المحافظة على النفس وعلى الدين وعلى العقل وعلى النسل وعلى المال .

وذلك لأن الدنيا التي يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه الأمور الخمسة ولا تتوافر الحياة الإنسانية الرفيعة إلا بها وتكريم الإنسان هو في المحافظة عليها .

١ — فالدين لابد منه للإنسان الذي يسمو في معانيه المشخصة عن دركه الحيوانية إذ التدين خاصة من خواص الإنسان ولابد أن يسلم له دينه من كل اعتداء . وقد حمى الإسلام بأحكامه حرية التدين فقال تعالى : « لا إكراه

---

(١) المستصفى للغزالي ج١ ص٢٨٧ .

فى الدين قد تبين الرشد من الغى » ونهى عن أن يفتن الناس فى دينهم واعتبر الفتنة التى تنزل بالمؤمن فى دينه أشد من القتل ولذا قال سبحانه : « والفتنة أشد من القتل » .

وإن من أجل المحافظة على التدين وحمايته وتحصين النفس بالمعانى الدينية شرعت العبادات كلها .

والمحافظة على النفس هى المحافظة على حق الحياة الكريمة والمحافظة على النفس تقتضى حمايتها من الاعتداء عليها بالقتل أو قطع الأطراف أو الجروح الجسيمة كما أنه من المحافظة على النفس المحافظة على الكرامة الإنسانية بمنع السب والقذف وغير ذلك من كل أمر يمس كرامة الإنسان ومن المحافظة على النفس منع كل ما يحد من نشاط الإنسان من غير مبرر ولذلك حمى حرية الفكر والرأى والإقامة وغير ذلك مما تعد الحريات فيه من مقومات الحياة الإنسانية .

والمحافظة على العقل حفظه من أن تناله آفة تجعل صاحبها عبئاً على المجتمع ومصدر شر وأذى للناس وهى تتجه إلى أنواع ثلاثة :

١ — أن يكون كل عضو من أعضاء المجتمع الإسلامى سليما يمد المجتمع بعناصر الخير والنفع فإن عقل كل عضو من أعضاء المجتمع ليس حقاً خالصاً له بل للمجتمع حق فيه باعتبار أن كل شخص لبنة من بنائه إذ يتولى بعمله سداد خلل فيه فمن حق المجتمع أن يلاحظ سلامته .

٢ — أن من يعرض عقله للآفات يكون عبئاً على الجماعة وإذا كان عبؤه عليها عند آفته فعليه أن يخضع الأحكام الإسلامية الرادعة التى تمنعه من أن يعرض عقله للآفات .

٣ — أن من يصاب عقله بآفة من الآفات يكون شراً على المجتمع ينال

بالأذى والاعتداء فكان من حق الشارع أن يحافظ على العقل بالعقاب الرادع على تناول ما يفسده ليكون ذلك وقاية من الشرور والآثام، والشرائع تعمل على الوقاية كما تعمل على العلاج ولذلك عاقبت الشريعة الإسلامية من يشرب الخمر أو يتناول أى مخدر يصيب العقل .

والمحافظة على النسل هى المحافظة على النوع الإنسانى وتنشئة أجياله على المحبة والعطف ليأتلف الناس وذلك بأن يتربى كل ولد بين أبويه وقد اقتضى ذلك تنظيم الزواج واقتضى منع الاعتداء على الحياة الزوجية كما اقتضى منع الاعتداء على الأعراض سواء أكان بفعل الفاحشة أم كان بالقذف ، ومن أجل المحافظة على النسل كانت عقوبة الزنى وعقوبة القذف وغير ذلك من العقوبات التعزيرية التى وضعت لحماية النسل .

والمحافظة على المال تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة أو الغصب أو الرشوة أو الربا وغير ذلك من الآفات التى تتعلق بالمال كما تكون المحافظة على المال بتنظيم التعامل بين الناس على أساس من العدل والتراضى وبالعمل على تنميته ووضعه فى الأيدى التى تصونه وتحفظه وتقوم على رعايته فالمال فى أيدى الآحاد قوة للأمة كلها فوجبت المحافظة عليه بتوزيعه بالقسطاس وبالمحافظة على إنتاج المنتجين وتنمية الموارد العامة ومنع أن يؤكل بين الناس بالباطل .

وعلى ذلك يدخل فى المحافظة على المال كل ما شرع للتعامل بين الناس من بيوع وإجارات وما إلى ذلك .

وإن هذه الأمور الخمسة هى التى نزلت من أجل المحافظة عليها الشرائع السماوية كلها وتحاول الشرائع الوضعية تحقيقها .

والجريمة بلا شك هى اعتداء على واحد من الأمور فالزنى اعتداء على النسل والسرقة اعتداء على المال وشرب الخمر اعتداء على العقل والردة اعتداء على الدين وهكذا .

وإذا كانت الجرائم على هذا هى اعتداء على تلك المصالح التى جاءت الشريعة لحمايتها فلابد من عقاب رادع يمنع الآثم من أن يستمر فى إثمه وبغيه .

ومن ذلك كله نقول إن الغرض من العقاب فى الشريعة هو دفع المضرة وجلب المصلحه فما من أمر جاء به القرآن أوالسنة فىموضع نهى إلا كانلدفع الضرر الناشىء من الفعل المنهى عنهأوموضع طلب إلا كان فيه جلب مصلحة وعلى ذلك فالعقوبات جاءت للمحافظة على المصالح المعتبرة فى الإسلام .

ولذا قال الإمام الغزالى فى هذه المصالح(١)ان جلب المنفعه ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم ومقصود الشرع من الخلق خمسة : هو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم فكل مايتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل مايفوت هذهالأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة وهذه الأصول حفظها واقع فى مرتبة الضرر فهى أقوى المراتب فى المصالح .

وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع التى أريد بها إصلاح الخلق ولذا لم تختلف الشرائع فى تحريم الكفر والقتل والزنى والسرقة وشرب الخمر وإن المحافظة على هذه الأمور الخمسة ودفع الاضرارعنها بالعقوبة هو من الأمور البدهية التى اتفقت عليها العقول المستقيمة وهى الأساس فى الشرائع عامة سواء أ كانت دينية أم وضعية مما اتفق عليه البشر .
وخلاصة القول فى هذا أن العقوبات فى الشريعة بنيت على المصلحة ولم

---

(١) المستصفى للغزالى جـ١ ص٢٨٧ .
الجريمة والعقوبة وتاريخ المذاهب الإسلامية . للشيخ المرحوم الفاضل محمد أبو زهرة ص٨٦ وما بعدها .

تشرع بقدورا لجرائم فى حد ذاتها وإنما هى على ما يعلمه الله من المصالح فيها وعلى هذا أجرى الله أحكامه عليها.

ثانياً : أن هناك أغراضاً أخرى للعقوبة فى الشريعة الإسلامية :

١ — أن تكون العقوبة من شأنها أن تمنع من ارتكاب الجريمة قبل وقوعها فإذا وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجانى على جنايته وتزجر غيره عن التشبيه به وسلوك طريقه.

ويعبر بعض الفقهاء عن هذا المعنى بقولهم : إن العقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه (١)

٢ — إن الهدف من العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها فاذا كانت مصلحة الجماعة فى التشديد شددت العقوبة وإذا كانت مصلحتها فى التخفيف خففت فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢)

٣ — إذا كانت حماية الجماعة من شر المجرم تقتضى استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة القتل للمجرم والحبس حتى يموت ما لم يتب أو ينصلح حاله.

٤ — أن كل عقوبة تؤدى إلى صلاح الأفراد وحماية الجماعة هى عقوبة مشروعة فلا ينبغى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها ما لم يمنع منها الشارع.

٥ — أنه لا يقصد منها الانتقام من المجرم بل الغرض منها استصلاحه والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء فى أنها تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب.

---

(١) بحث مقارن فى فلسفة العقوبة لأستاذنا الدكتور فكرى عكاز ص ١١ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢.

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦

بل إن العقوبات إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهى صادرة لرحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ولهذا ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم كما يقصد الوالد تأديب ولده وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه وإذا كان هذا هو المقصود من التأديب فإنه يجب أن يختلف باختلاف الأشخاص فتأديب أهل المكانة أخف من تأديب أهل السفالة والسفاهة لقول النبي ﷺ « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم » ، ولأن التأديب المقصود منه الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس (١) .

هل العقوبة تسقط إثم الجرم أم أنها للزجر والردع فقط ؟

ويعبر الفقهاء على هذا المعنى بقولهم هل العقوبات جوابر أم زواجر . وللفقهاء فى ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول : وهو لجمهور الفقهاء وعلى رأسهم المالكية والشافعية والظاهرية : أن العقوبات كفارات لما أقيمت فيه من الذنوب ، أى عقاب الدنيا مسقط لعقاب الآخرة .

القول الثانى : وهو لبعض التابعين والحنفية والمعتزلة فقالوا : إن العقوبات كفارات لما أقيمت فيه من الذنوب فمن يعاقب فى الدنيا لا يعفيه ذلك من عقاب الآخرة .

القول الثالث : وهو لطائفة أخرى من الفقهاء فقالوا . بالتوقف وقالوا : لا ندرى أعذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة أم غير مسقط له . وإنما هو للردع والزجر .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ وشرح القدير ص٢١٢ج ٤ بحث مقارن فى فلسفة العقوبة د . فكرى عكاز ص ١١

الأدلة

ولقد ساق كل أصحاب هذه المذاهب الثلاثة أدلة على مدعاهم نفصلها فيما يلي:

أدلة المذهب الأول : وقد احتج أصحاب هذا المذهب بما رواه عبادة بن الصامت أنه ﷺ قال وحوله عصابة من أصحابه « بايعوني على ألا تشركوا بالله شيئاً ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تقصروا في معروف فمن وفى منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئاً ثم ستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه فبايعناه على ذلك(١) » فقالوا إن الرسول ﷺ أخبر هنا في الحديث أن من وقع في شيء من تلك المعاصي التي نص على عقابها أو لم ينص على عقابها كجرائم التعزير فإن ذلك العقاب في الدنيا يكون كفارة لذنبه .

وهذا صريح في أن عذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة مطلقاً تاب أو لم يتب لأن الحديث لم يوقف ذلك عن التوبة ..

ويؤكد هذا ما روى عن علي كرم الله وجهه من حديث المبايعة « من أصاب ذنباً فعوقب به في الدنيا فالله أكرم أن يثني العقوبة على عبده في الآخرة »(٢)

حجة المذهب الثاني : ويستدل أصحاب المذهب الثاني بما ورد في القرآن الكريم من الآيات القرآنية التي اشتملت على الوعيد بالعذاب الأخروي على ارتكاب المعاصي فيقول الله تعالى « والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً يضاعف له العذاب

---

(١) سبل السلام ج ٧ ص ٥٢

(٢) سبل السلام

يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً إلا من تاب وآمن وعمل صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيما(١) » .

وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما » (٢)

ووجه الدلالة من هذه الآيات ظاهر فإن الله سبحانه وتعالى قد أوجب في تلك المعاصي حدوداً مقدرة في الدنيا ومع ذلك فقد أخبر بأن فاعلها سيعاقب في الآخرة ما لم يتب توبة خالصة بل إن بعض الآيات يفيد بأنه معذب سواء تاب أم لم يتب مثل قوله تعالى « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » .

فقد توعد الله سبحانه وتعالى القاتل المتعمد بالخلود في نار جهنم والغضب واللعن والعذاب العظيم وهذا وعيد وارد على سبب وهو القتل العمد ، وعلى ذلك تكون الآية قد دلت على أن كل قاتل متعمد له الجزاء المذكور فلو كان له توبة مقبولة لما توعد هذا الوعيد الوارد في الآية لكن توعد إذن فلا توبة .

أدلة القول الثالث : أما أصحاب هذا المذهب فقد احتجوا على دعواهم بأن الأدلة في هذا الباب متعارضة ولم يوجد ما يرجح أحد الرأيين على الآخر فوجب التوقف ودليلهم في ذلك ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال « ما أدرى أكان تبع لعينا أم لا وما أدرى ذو القرنين كان نبيا أم لا وما أدرى الحدود كفارات لأهلها أم لا(٣) » .

---

(١) الفرقان / ٦٨ و ٦٩ و ٧٠ .

(٢) النساء / ٩٣ .

(٣) سبل السلام / ٥٧ .

وهو صريح فى أن النبى ﷺ ماكان يعلم أن الحدود كفارات لأهلها أم لا فغيره ﷺ أولى فى هذا الباب بعدم العلم فيجب عليه عدم الحكم بشيء معين وأن يتوقف .

ويناقش هذا الدليل من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث السند .

الناحية الثانية : من حيث الدلالة .

أما عن الناحية الأولى وهى جهة السند : فإن القائلين بالتوقف يستدلون بالحديث الذى أخرجه الحاكم فى المستدرك والبزار عن معمر عن أبى ذئب عن سعيد المقبرى عن أبى هريرة الذى فيه « وما أدرى الحدود كفارات لأهلها أم لا » .

وقد اختلف فى وصله وإرساله فقد رواه هشام بن يوسف عن معمر مرسلا ووصله الحاكم عن آدم بن أبى اياس عن ابن أبى ذئب ووصله الدارقطنى من طريق عبد الرزاق ومع ذلك لا يقوى على معارضة حديث عبادة الذى فيه المبايعة والذى تمسك به القانون بأن العقوبات كفارات دون توقف على التوبة . وذلك لأن حديث عبادة متفق عليه ويشهد لذلك مقال القاضى عياض قال : لكن حديث عبادة أصح اسناداً .

أما الوجه الثانى : فهو من حيث الدلالة فقد جمع بين حديثى أبى هريرة وعبادة بن الصامت بأن حديث عبادة بن الصامت لم ينفرد بسماعه من الرسول صلى الله عليه وسلم بل تابعه عليه كثير من الصحابة رضوان الله عليهم كابن عمر وعلى وابن مسعود والحسين بن على وعائشة وأن هؤلاء جميعاً قد أخبروا بما يفيد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « من أقيم عليه حد فى الدنيا فهو كفارة له وذلك يقضى بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد علم عن ربه عز وجل أن الحدود كفارات لذوبها وعليه بذلك لا يتنافى مع قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة : « ما أدرى الحدود كفارات لأهلها » .

لإمكان الجمع بينهما بحمل حديث أبي هريرة على أنه متقدم على حديث عبادة ويهمل بنا أن نأتي بما أورده القاضي عياض .

وما أورده عياض (١)

جزم القاضي عياض بأن حديث عبادة كان بمكة ليلة العقبة بمنى قبل الهجرة حين بايع الأنصار رسول الله ﷺ البيعة الأولى بمنى وإسلام أبي هريرة كان بعد الهجرة بسبع سنين عام خيبر فلا يعقل أن يكون حديثه متقدماً على حديث عبادة بن الصامت حتى يصح الجمع .

مناقشة هذا الاعتراض : ويناقش بأنه لا يلزم من تأخر إسلامه عدم تقدم حديثه على حديث عبادة لاحتمال أن يكون سمع الحديث من أحد الصحابة وقد سمعه من النبي ﷺ في مبدأ التشريع قبل أن يحصل له العلم بذلك ويخبر به .

لكن يعكر على هذا أن أبا هريرة صرح في بعض طرقه أنه سمعه من رسول الله ﷺ وبذلك لا يدفع الاعتراض الوارد من القاضي عياض.

رد هذا الاعتراض :

ولكن يمكن رد هذا الاعتراض بما وجهه الحافظ بن حجر من أن حديث عبادة كان بعد فتح مكة ولم يكن في بيعة العقبة كما جزم بذلك القاضي عياض . ويستدل الحافظ على ذلك بأمور :

أولا : أخرج ابن إسحق وغيره من أهل المغازي أن النبي ﷺ قال لمن حضر من الأنصار وأبايعكم على أن تمنعوني ما تمنعون منه نساءكم وأبناءكم فبايعوه على ذلك وعلى أن يرحل إليهم هو وأصحابه فثبت

---

(١) سبل السلام جـ ١ ص ٥٦

من هذا أن البيعة التي حصلت بمنى كانت غير البيعة التي وردت في حديث عبادة .

ثانياً : ما أخرجه البخاري في صحيحه عن عبادة « بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره .

ثالثاً : ما أخرجه أحمد والطبراني عن عبادة أنها جرت قصة له مع أبي هريرة عند معاوية بالشام فقال يا أبا هريرة إنك لم تكن معنا إذ بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة والنشاط والكسل وعلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وعلى أن نقول بالحق ولا نخاف في الله لومة لائم وعلى أن ننصر رسول الله ﷺ إذا أقدم علينا يثرب فنمنعه ما نمنع منه أنفسنا وأزواجنا وأبناءنا ولنا الجنة .

ومن هنا كله نعلم أن البيعة التي جاءت في حديث عبادة لم تكن بمنى عند العقبة لورود الأدلة القاضية بأن بيعة العقبة كانت لحماية الدعوة وصاحبها وأن التي جاء بها حديث عبادة كانت بعد فتح مكة وبعد إسلام أبي هريرة .

وإذا سلم هذا بقي التعارض قائماً .

قال الحافظ : والذي يقوى أن هذه البيعة المذكورة في حديث عبادة وقعت بعد فتح مكة بعد أن نزلت آية الممتحنة « يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبايعنك . الآية » ونزول هذه الآية متأخر بعد قصة الحديبية بلا خلاف .

والدليل على ذلك ما ورد في البخاري في كتاب الحدود من حديث عبادة هذا أن النبي ﷺ (لما بايعهم الآية ... كلها)

ويؤخذ من هذا أن البيعة التي وردت في حديث عبادة أنها كانت بعد نزول آية الممتحنة وبعد إسلام أبي هريرة .

ومن هنا نعلم صحة الجمع ويكون حديث عبادة ناسخاً لحديث أبي هريرة .

الرأى الراجح

وبالنظر فى الأقوال السابقة وأدلتها نجد أن حديث عبادة بن الصامت متفق عليه وقد رواه غيره كثيرون من الصحابة .

وأما ما استند إليه القائلون بالتوقف من حديث أبى هريرة المذكور لاتقوم به حجة لأنه روى موصولا وروى مرسلا ومثل هذا لايقوى على معارضة حديث عبادة بن الصامت بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يعلم أولا ثم علم ثانياً .

ويساعد على ذلك ماوجهه الحافظ ابن حجر أن حديث عبادة بن الصامت كان بعد فتح مكة ولم يكن فى بيعة العقبة بمنى .

وإن إسلام أبى هريرة كان متقدماً على الواقعة التى ورد فيها حديث عبادة ابن الصامت وبذلك يكون حديث أبى هريرة منسوخاً بحديث عبادة بن الصامت فإن المتأخر ناسخ المتقدم وبذلك لايعنى للتوقف .

ويتضح لنا أن كلا المذهبين الأول والثانى قوى ويمكن الجمع بينهما بالعمل بالآيات والأحاديث فيقال : إن حديث عبادة وإن كان ظاهره الإطلاق إلا أن التوبة ملاحظة لأن شأن المؤمن التوبة ؛ ولهذا ترك لرسول الله ﷺ ذلك فى هذا الحديث .

والآيات القرآنية أكثرها تد عقب بالتوبة والقليل منها لايصرح فيه بها فوجب أن يحمل المطلق على المقيد .

يكون الراجح العمل بكل الآيات والأحاديث معاً أى العقوبات

زاجرة(١) وجابرة(٢) أما كونها زاجرة فلقوله تعالى فى كفارة قتل الصيد « ليذوق وبال أمره » فإن ذاقته وبال الأمر دليل واضح على أن هذه العقوبة إنما شرعت الزجر وأما كونها جابرة بالكفارة التى هى أحد أنواع العقوبة اسمها مأخوذ من الكفر — بفتح الكاف — وهو الستر ثم استعملها الشارع فيما يستر الذنب ويمحوه ومن ثم كانت جابرة .

ولو قلنا إن العقوبة للزجر فقط لكان ذلك داعياً إلى تهاون الناس فى فعلها إذ لم يكن لها أثر فى الآخرة(٣) .

مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فى القانون .

تلك قاعدة(٤) قانونية معروفة — أى لا جريمة إلا بقانون ولا عقوبة إلا بنص — استقرت عندها القوانين الوضعية وعرفت تلك القاعدة عند القانونيين مع بداية الثورة الفرنسية لكيلا يكون هناك تعسف من الحكام وحتى يعلم الناس ما لهم وما عليهم فكانت تعرف الأعمال المحرمة وينص على عقوبتها .

وقد تعرضت هذه القاعدة عندهم لعدة أدوار . فمرة قيدت الجرائم والنصوص المتعلقة بها بحيث لا يجوز للقاضى أن يتعداها وأخرى أعطت القاضى — وإن لم يكن ذلك مطلقاً — حرية التقرير — وهو ما انتهت إليه تلك القاعدة حتى الآن — بالنسبة للعقوبة ما أمكن الإطلاق .

---

(١) زواجر جمع لزاجر وهو ما شرع لدرء المفاسد والغالب فيه أن يكون لعصيان من المكلفين

(٢) الجوابر جمع لجابر وهو ما شرع لاستدراك ما فات من المصالح وليس بلازم فيمن يتوجه إليه الجبر أن يكون آثماً فإن الجبر يشرع مع العمد والخطأ والعلم والجهل والنسيان وما إلى ذلك .

(٣) راجع بحث مقارن فى الكفارة د محفوظ مودع مكتبة كلية الشريعة ص ٢٨١ ، ٢٩٣

(٤) ملخص لما جاء فى شرح قانون العقوبات للدكتورين محمد كامل السعيد ومرسى مصطفى ص١٢٠

أما فى الشريعة الإسلامية :

فقد وردت النصوص دلى أنه لا توجد عقوبة من غير رسالة رسول ينذر ويبشر لقد قال تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » وقال تعالى : « وإن من أمة إلا خلا فيها نذير » . وقوله أيضاً . « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيما » .

فقضت حكمته سبحانه بأنه لا عقاب لأحد إلا إذا بلغ الرسالة وأنذر بسوء العاقبة إن خالف وبحسنها إن أطاع ولم يخالف .

وبهذا يتقرر ذلك المبدأ وهو أنه لا عقوبة على ذنب إلا بعد التنبيه إلى أنه ذنب .

ولقد نهج الشارع فى ذلك منهجين فى تقدير العقوبات :

المنهج الاول : وهو بيان الجريمة مقترنة بعقوبتها وذلك فى الحدود والقصاص .

أما المنهج الثانى : فهو فى تعريف الجريمة تعريفاً عاماً ويترك لولى الأمر تقدير العقوبات على حسب الأحوال والمناسبات .

أما بالنسبة للمنهج الاول فهو يشمل الجرائم التى لها عقوبات مقدرة فى الفقه الإسلامى وهى الحدود والقصاص . أما ماوراء ذلك من الجرائم فلم تشمله النصوص بل أمره متروك إما لولى الأمر أو القاضى الذى يستمد سلطانه من ولى الأمر .

والحدود قد حد الله عقوبتها بالنص فى كتابه الكريم أو على لسان نبيه الأمين ـ فى الزنى عقوبة مقدرة محدودة فى قوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر » . وحد السرقة ثبت بقوله تعالى : « والسارق

والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله »

وثبت حد قطع الطريق بقوله تعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم)

وحد القذف ثبت بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون)

وجريمة البغى ثبتت عقوبتها بقوله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين)

وعقوبة الردة : ثبتت بقول النبى ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » وبقوله عليه السلام « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك للجماعة ».

أما حد الشرب : فقد ثبت بالسنة ، فقد قال النبى ﷺ فى شاب أتى به « اضربوه » وقد روى أهل السنة أن النبى ﷺ قال : « من شرب الخمر فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب الرابعة فاقتلوه »

ويعلق ابن تيمية على هذا النص بقوله : « القتل عند أكثر العلماء منسوخ وقد يقال هو تعزير يفعله الإمام عند الحاجة وقد قدر الصحابة فى عهد عمر رضى الله عنه الحد بثمانين ، وقيل إن التقدير قد تم فى عصر النبى ﷺ

وبعد هذا نرى أن العقوبات وردت من الشارع مقـــدرة بالنسبة لجرائم الحدود .

أما بالنسبة لجرائم القصاص فقد قدرت فيها العقوبات — هى الأخرى — بالنص قرآناً كان أو سنة فعقوبة القتل العمد هى القصاص وقد ثبت بالقرآن الكريم حيث نطقت الآيات داعية إلى القصاص فقالت (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ... الخ الآية)

والقصاص بشكل عام ثبت بقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)

وقد بينت عقوبة القتل الخطأ بقوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا . فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما)

وقد بينت السنة عقوبة القتل شبه العمد فقال رسول الله ﷺ « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وقد بين القرآن عقوبة الاعتداء على الأطراف فقال : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص »

وبينت السنة العقوبة الواجبة فى الأطراف فيما لو تعذر القصاص أو كان الاعتداء خطأ فقال ﷺ « فى الأنف إذا ما أوعب مارنه جدعا الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى اليدين الدية والرجلين الدية »

وقد ذكر رسول الله ﷺ ديات الجراح إذا لم يكن فيها القصاص أو كان الاعتـــداء خطأ فذكر أن أرش الموضحة (وهى التى تكشف

العظم خمس من الإبل وأن أرش الهاشمة وهى التى تهشم العظم عشر من الإبل وأن أرش الآمة وهى التى تصل إلى غشاء المخ ثلث الدية .

وبهذا العرض الموجز لتلك العقوبات يتبين لنا أن القرآن والسنة قد أحصيا العقوبات فى جرائم الحدود والقصاص والديات إحصاءا لا يسمح معه للقاضى أن يزيد أو ينقص فى أية عقوبة بل هو ملتزم بما جاءت به النصوص .

أما بالنسبة للمنهج الثانى : فهو أن الشريعة عندما تركت أمر تقدير العقوبة التعزيرية للقاضى وفوضته فى أكثر الأحوال فى ذلك الأمر لم تخرج عن القاعدة المذكورة — وهو لا عقوبة من غير نص — لأنها جعلت للعقوبات حداً أقصى ولم تجعل لها حدا أدنى ، وأطلقت للقاضى حرية التقدير فى هذا الحد الواسع فله أن يرى، ولكن ليس له أن يزيد على ما قدره الشارع .

ولم يكن للقانون الوضعى السبق فى هذه الميزة فلقد قرر هذا المبدأ فى الشريعة من قرون . فهذا هو الإمام أحمد يقول : إن التعزير لا يبلغ به حد العقوبة فى جنسه فالسرقة حدها قطع اليد ولا تبلغ أية عقوبة تعزيرية خاصة بالمال ذلك الحد والقذف حده ثمانون جلدة ولا تبلغ جريمة السب هذا الحد .

وذاك الإمام مالك رضى الله عنه لا يجعل للتعزير حداً أعلى بل قد يصل إلى إلى القتل .

وعلى ضوء ما سبق نستطيع أن نقرر :

أن الأغلبية من الفقهاء يقولون إن العقوبات المقدرة تعتبر حداً أقصى وأن النص النبوى صريح فى هذا المعنى . إذ يقول عليه السلام « من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين » وإن هذا يرشدنا إلى أن الشريعة جعلت حداً أعلى للعقوبة ولم تضع لها حداً أدنى (١)

---

(١) انظر الجريمة والعقوبة لأستاذنا الفاضل المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٧ — ١٩٧ .

فهـرس

رقم الايداع بدار الكتب ٣٨٠٥/١٩٨١.